



Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, dieciséis (16) de septiembre del dos mil diecinueve (2019)

Radicado: 73001-33-33-006-2018-00089-00
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: HERMES ORTÍZ OLIVERA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Asunto: SANCIÓN MORATORIA CESANTÍAS

I. ANTECEDENTES

En atención a la decisión proferida en la audiencia adelantada el pasado **10 de septiembre de 2019**, donde se manifestó **que se accedería parcialmente a las pretensiones** de la demanda, el despacho procede a emitir los argumentos que soportan dicha decisión dentro del término legal señalado en el numeral 2º del artículo 182 de la Ley 1437 de 2011.

1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo oficio No. **SAC 2017 RE 10968 de fecha 30 de septiembre del 2017**, proferido por el Departamento del Tolima - Secretaría de Educación y Cultura - Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 del 2006.

1.2 Que se declare que el señor **Hermes Ortiz Olivera** tiene derecho a que se le reconozca y pague la sanción de un (1) día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías definitivas contado a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles desde que se radicó la petición.

1.3 Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho, se condene a las accionadas a reconocer y pagar la sanción por mora correspondiente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006.

1.4 Se ordene a la entidad demandada a pagar al demandante las sumas resultantes debidamente indexadas.

1.5 Se condene a las accionadas a dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

1.6 Que se condene en costas a las entidades demandadas.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos que son susceptibles de sintetizar así:

2.1 Que el señor **Hermes Ortiz Olivera**, mediante petición radicada 2014-CES-042036 de fecha 4 de noviembre del 2014, solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía definitiva a la que consideraba tenía derecho.

2.2 Que con Resolución No. **0860 del 05 de febrero del 2015**, le fue reconocido el auxilio solicitado.

2.3 Que el pago de las cesantías se efectuó el **1 de abril del 2015**.

2.4 Que la accionante a través de apoderado, solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 del 2006 que modificó la Ley 244 de 1995.

2.5 Que el 30 de septiembre del 2017 con oficio SAC 2017RE10968, la entidad accionada negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora solicitada.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio

No contestó la demanda.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Demandante (fl. 100)

Solicitó se de aplicación a la normativa y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional y como consecuencia se acceda a las pretensiones de la demanda.

Además, en cuanto a la indexación solicitada en la demanda refirió sentencia del Consejo de Estado de fecha 26 de agosto del año en curso en la que se afirmó que hay lugar al reconocimiento de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, por lo que solicita así sea reconocido.

4.2 Demandada (fl. 100)

Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, y que en caso de acceder a las mismas se liquide la sanción correspondiente conforme lo dispuesto en la Sentencia

de Unificación del 18 de julio de 2018, además que no se condene en costas a la entidad que representa.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5. Problema Jurídico

Procede el despacho a determinar si, ¿la accionada debe pagar al señor **HERMES ORTIZ OLIVERA**, la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo en el pago de la cesantía definitiva reclamada, contado a partir del día siguiente al que venció el término legal establecido, al no haberse expedido el acto administrativo y pagado la misma dentro de los términos señalados en la Ley 1071 del 2006 que adicionó y modificó la Ley 244 de 1995?

6. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

6.1 Tesis de la parte accionante

Considera que hay lugar al pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías en virtud de lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006 y lo señalado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en diferentes oportunidades como quiera que el Fondo las ha venido cancelando por fuera de las oportunidades legales.

6.2 Tesis de la accionada

6.2.1 Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, y que en caso de acceder a las mismas se liquide la sanción correspondiente conforme lo dispuesto en la Sentencia de Unificación del 18 de Julio de 2018, además que no se condene en costas.

6.3 Tesis del despacho

Debe accederse a las pretensiones de la demanda, toda vez que la entidad accionada incurrió en sanción moratoria al no proferir el acto administrativo de reconocimiento y haber efectuado el pago de las cesantías definitivas al accionante dentro del término indicado por la Ley 1071 de 2006, razón por la cual deberá reconocerse a título de restablecimiento del derecho, la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, en virtud de lo dispuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en relación con el reconocimiento y pago de la misma al personal docente en Colombia.

7. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que el demandante mediante petición del 4 de noviembre del 2014, solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas.	Documental: Extraído de la resolución No 0860 del 05 de febrero del 2015 (fl 4-6)
2. Que el 05 de febrero del 2015, se reconoció la cesantía definitiva al demandante.	Documental: Resolución No. 0860 del 05 de febrero del 2015 (fl 4-6)
3. Que el pago de las cesantías se efectuó el 1 de abril del 2015.	Documental: Certificación pago cesantía expedido Fidupervisora (fl 7)
4. Que el 8 de septiembre del 2017, se solicitó a la demandada, el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.	Documental: Petición radicada No, SAC2017PQR 24529 (fl.10-12).
5. Que la petición fue negada el 30 de septiembre del 2017, por la secretaría de Educación y Cultura Departamental.	Documental: Oficio SAC 2017 RE 10968 (fl. 13).
6. Que el accionante en el año 2014 devengaba por concepto de sueldo básico mensual la suma de \$2.711.939,00 pesos.	Documental: Certificación de salarios expedido por la Secretaría de Educación Departamental del Tolima (fl.8-9).

8. DEL RECONOCIMIENTO DE LA SANCIÓN MORATORIA AL PERSONAL DOCENTE OFICIAL EN COLOMBIA.

La Corte Constitucional¹ al hacer el análisis de exequibilidad del artículo 89 de la Ley 1769 de 2016, en cuanto a la aplicación de la Ley 1071 de 2006, al personal oficial docente señaló:

“De acuerdo a la legislación y la jurisprudencia, los docentes oficiales han sido considerados como servidores públicos con características especiales. En lo que hace al pago de las cesantías y la mora en el cumplimiento de esta obligación, es aplicable la Ley 1071 de 2006 que en su artículo 4º que establece el término máximo de quince (15) días para proferir la resolución de la solicitud y el artículo 5º, según el cual la entidad pagadora cuenta con un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para el pago. El interés de mora en esta normativa equivale a “...un día de salario por cada de retardo hasta que se haga efectivo el pago”.

Posteriormente y con el fin de unificar la jurisprudencia relacionada con la aplicación de la sanción moratoria para el personal docente, nuestro máximo órgano de cierre², concuyó que la misma debía ser reconocida a la luz de lo dispuesto en la Ley 244 de 1995 modificada por la 1071 de 2006, teniendo como conclusiones la siguientes:

¹ Sentencia C-486 de 2016

² Consejo de Estado. Sala Plena Sección Segunda – sentencia de unificación por importancia jurídica. 18 de julio de 2018. Rad. SU-012-52.

"(...)

193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce la cesantía se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley³ para que la entidad intente notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra de empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.

"(...)"

Además, la Corte Constitucional en sentencia SU 336 de 2017, concluyó que la normativa general es aplicable para el reconocimiento de la sanción moratoria para el personal docente en Colombia, concluyendo que " La voluntad del legislador al implementar el auxilio de cesantía así como la sanción por la mora en el pago de la misma, fue garantizar los derechos a la seguridad social y al pago oportuno de las prestaciones sociales de todo trabajador, independientemente de si este pertenece al sector público o al privado. Para ello, buscó implementar un mecanismo ágil y eficaz que permitiera garantizar de manera efectiva un sustento que se torna básico para el sostenimiento del trabajador y de su núcleo familiar. Por esa razón, aoger

³ Artículos 68 y 69 CPACA.

una postura en virtud de la cual se acepte que los docentes estatales no son beneficiarios de la sanción moratoria de las cesantías no solo contraría esa voluntad del Legislativo y las razones por las cuales fue incluida dentro del ordenamiento jurídico una prestación social de esa naturaleza, sino que transgrede los fundamentos constitucionales en los cuales se sustentaron los proyectos de ley que ahora regulan la materia”.

9. DE LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE OBLIGATORIO

Para entrar a analizar el presente asunto y con el fin de determinar en el caso concreto si debe darse aplicación al precedente establecido por la Corte Constitucional, en relación con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de los docentes, se observa que el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, dispuso:

*“Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. **Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas**”.*

En relación con el artículo anterior, la sentencia C-634 de 2011, al hacer el análisis de constitucionalidad de la misma, declaró su exequibilidad ***“en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”***.

De otro lado y con el fin de dilucidar con claridad la aplicación del precedente constitucional a casos estudiados por la jurisdicción contenciosa administrativa, tenemos que en la sentencia T-830 de 2012⁴, se estableció la diferencia entre los conceptos de “antecedente” y “precedente”, sobre los que señaló:

“[e]l primero –antecedente- se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad (...) [e]l segundo concepto –precedente-⁵, por regla

⁴ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵ Según el doctrinante Pierluigi Chiassoni en su libro “Desencanto para abogados realistas”, el precedente judicial puede ser entendido en cuatro acepciones; (i) precedente-sentencia, (ii) precedente-ratio, (iii) precedente-ratio autoritativo y (iv) precedente-ratio decidendi consolidada o precedente orientación. Este último hace referencia a “es la ratio decidendi por hipótesis común a –y repetida en- una serie (considerada)

general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presenten similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso”.

Al respecto la Corte ha señalado las siguientes razones para establecer la vinculatoriedad de los precedentes:

“La primera razón de la obligatoriedad del precedente se relaciona con el artículo 230 superior. De acuerdo con este precepto de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en ese orden, tienen una autonomía interpretativa e independencia para fallar, pero deben hacerlo dentro de los parámetros que les presenta la ley. Particularmente, el concepto de ‘ley’ ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte desde un sentido amplio, es decir, la ley no es sólo aquella emitida por el legislador, sino además comprende todas las fuentes del derecho incluidas las sentencias que interpretan la Constitución como norma de norma, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción⁶.

La segunda razón se desprende de los principios de igualdad, debido proceso y buena fe⁷. El precedente es una figura que tiene como objetivo principal garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica⁸, igualdad, buena fe y confianza legítima que rigen el ordenamiento constitucional. En otras palabras, la independencia interpretativa es un principio relevante, pero se encuentra vinculado con el respeto a la

significativa de sentencias pronunciadas en un arco de tiempo anterior (...) cuya ratio tienen que ver con la decisión sobre hechos y cuestiones del mismo, o similar tipo, con hechos y cuestiones sobre las cuales se trata decidir ahora.(...)”. Esta acepción es el precedente entendido en el sentido más restringido según el autor. Las demás acepciones hacen referencia similar al concepto propuesto por la Corte Constitucional en el sentido en que debe ser una sentencia anterior que trata de hechos cuestiones y elemento muy similares al caso que se pretende resolver.

⁶ En palabras de la Corte Constitucional: “La misma Corte Suprema de Justicia también ha señalado que la adopción de la Constitución de 1991 produjo un cambio en la percepción del derecho y particularmente del sentido de la expresión “ley”, pues la Constitución se convierte en una verdadera norma jurídica que debe servir como parámetro de control de validez de las decisiones judiciales y como guía de interpretación de las normas de inferior jerarquía”. Cfr. Sentencia C-372 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷En este sentido, entre muchas otras, pueden verse las sentencias SU-049 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, SU-1720 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-468 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-820 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-162 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

⁸ Sobre este principio, es posible afirmar que el respeto del precedente se funda, principalmente, en el deber de un juez de fallar casos que presenten elementos fácticos y puntos en derecho similares, de manera igual, y no sorprender a los ciudadanos que acuden a la justicia, en virtud del respeto del principio de igualdad y la coherencia y estabilidad en el ordenamiento jurídico. Por ello, un juez, en el caso en que lo encuentre necesario, si se aparta de una decisión anterior aplicable al caso que tiene bajo conocimiento, debe justificar la nueva postura y descalificar las otras consideraciones que han sido base de anteriores decisiones.

igualdad⁹ en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales¹⁰.
En palabras de la Corte Constitucional:

“La fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C.P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser razonablemente previsibles; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico”¹¹.

*La tercera razón es que la respuesta del precedente es la solución más razonable que existe hasta ese momento al problema jurídico que se presenta, y en esa medida, si un juez, ante circunstancias similares, decide apartarse debe tener unas mejores y más razonables razones que las que hasta ahora han formado la solución para el mismo problema jurídico o similares. En ese orden la doctrina ha establecido como precedente: “tratar las decisiones previas como **enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes**” y “exigir de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como **una razón vinculante**”¹²*

En virtud de lo señalado por la ley y lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-486 de 2016 y SU 336 de 2017 y el Consejo de Estado en la SU-012-S2 del 13 de julio de 2018, el despacho adoptará el precedente de dichas Corporaciones, en relación con la aplicación de la Ley 1071 de 2006 para reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías de los docentes.

⁹ La sentencia C-104 de 1993 con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, estableció el punto de partida jurisprudencial en relación con el derecho a la igualdad y las decisiones judiciales en los siguientes términos: “El artículo 229 de la Carta debe ser considerado con el artículo 13 *idem*, de tal manera que el derecho a “acceder” igualmente ante los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de los jueces y tribunales en situaciones similares”.

¹⁰ Ver sentencia T-683 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. “La actividad judicial supone la interpretación permanente de las disposiciones jurídicas, aspecto que implica que el funcionario determine en cada proceso la norma que se aplicará al caso concreto. En ese sentido los diversos jueces pueden tener comprensiones diferentes del contenido de una misma prescripción jurídica y derivar de ella, por esta razón, efectos distintos”.

¹¹ Cfr. Sentencia T-049 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Entre otras, sentencias T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹² Ver J. Bell. “Sources of Law”, en P. Birks (ed.) English Private Law, 1, Oxford University Press, pp. 1-29 (2000). Citado por Bernal Pulido, Carlos. “El precedente en Colombia”. Revista de derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia, páginas 81-94 (2008). Ver en el mismo sentido, “American Law In a Global Context. The Basics”. Sheppard, Steve. Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005) “Casos que establecen una regla en la interpretación de una norma o situación concreta. Esto se identifica con los hechos, el problema jurídico, las consideraciones que sustentan y son relevantes para la decisión, y la solución que se declara para el caso. Para identificar un caso como precedente: *stare decisis* (casos previos que vinculan como precedente), *ratio decidendi* (la razón de ser de la decisión), *obiter dicta* (argumentos por decir que no son la razón de ser de la decisión ni son vinculantes para decisiones posteriores)” (traducción libre). “American Law In a Global Context. The Basics”. Sheppard, Steve. Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005)

10. DE LA SANCIÓN MORATORIA

La Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 del 2006, establece:

“ARTÍCULO 1o. <Artículo subrogado por el artículo 4o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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 2o. <Artículo subrogado por el artículo 5o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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.”

La indemnización moratoria se concibe como una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada ley.¹³

De los artículos 1 y 2 se deduce, que si se trata del auxilio de cesantía, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, con la modificación de la ley 1071 del 2006, la entidad pública obligada al pago dispone de un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de solicitud de liquidación de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación y, de cuarenta y cinco (45) días hábiles, después de la ejecutoria de dicho acto administrativo, para proceder a su pago.

¹³ Consejo de Estado. C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 28 de junio de 2012, Radicación número: 08001-23-31-000-2009-00718-01(1682-11)

Si dentro de los términos establecidos la entidad obligada al pago de las cesantías no lo hiciera, sería sancionada a favor del solicitante, con un pago del equivalente a un día de salario por cada día de retraso, en el pago de la cesantía y hasta que se haga efectivo el mismo

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías, la Ley 91 de 1989 en su artículo 9º, establece:

“Las Prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales”.

Así mismo, la ley 115 de 1994 en el artículo 180, dispone que:

“RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES. *Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará, además, la firma del Coordinador Regional de prestaciones sociales.”.*

Así las cosas, le corresponde al Ministerio de Educación Nacional, a través de la Oficina Coordinadora de Prestaciones Sociales del Magisterio en cada regional, liquidar las cesantías parciales o definitivas y emitir la resolución que reconozca o niegue la prestación y a través de la entidad Fiduciaria (Previsora S.A) realizar el correspondiente pago.

En aras de la garantía constitucional al derecho a la igualdad material y formal y teniendo en cuenta que los docentes estatales tienen derecho al pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 del 2006 que modificó la Ley 244 de 1995, se entrará a hacer el análisis del caso concreto.

11. CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el despacho a determinar si en el caso sub-júdice al accionante se le reconocieron y pagaron sus cesantías definitivas en el término estipulado en la ley.

Se tiene que el día **4 de noviembre de 2014**¹⁴, el señor **Hermes Ortiz Olivera** elevó la solicitud de reconocimiento de cesantías definitivas, siendo reconocida la

¹⁴ Según se desprende de la Resolución No 0860 del 05 de febrero del 2015 (fl 4 -6)

prestación el día **05 de febrero de 2015**, mediante la Resolución No **0860**¹⁵, las cuales fueron pagadas el **1 de abril de 2015**¹⁶.

En vista de lo anterior, la entidad contaba únicamente con quince (15) días hábiles para expedir la resolución que reconociera las cesantías definitivas del demandante, los cuales vencieron el **26 de noviembre del 2014** existiendo desde la fecha de la acción para proferir el acto administrativo dentro del tiempo previsto en la ley, habiéndolo hecho **2 meses 9 días** después de radicada la solicitud.

Ante la demora de la administración para emitir un pronunciamiento dentro del término indicado, el término para contar el día a partir del cual se genera la indemnización moratoria, será de **setenta días hábiles**, que corresponderá a los quince (15) días hábiles que tenía la entidad para expedir la resolución, más diez (10) días hábiles que corresponden a la ejecutoria de la resolución de reconocimiento, más los cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, tiempo dentro del cual debió efectuarse el pago.

Para el caso en estudio se cuentan así:

Solicitud cesantías definitivas	4 de noviembre del 2014.	
Término para expedir la resolución (15 días hábiles)	Desde el 5 de noviembre hasta el 26 de noviembre del 2014	26
Término ejecutoria de la resolución (10 días hábiles. Art. 76 del CPACA)	Desde el 27 de noviembre hasta el 11 de diciembre del 2014.	11
Término para efectuar el pago. (45 días hábiles).	Desde el 12 de diciembre hasta el 17 de febrero del 2015.	17
Fecha acto administrativo. Res No 0860	05 de febrero del 2015.	
Fecha de pago	1 de abril del 2015	
Tiempo de mora: 42 días.	Desde el 18 de febrero del 2015 hasta el 31 de marzo del 2015	31

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la entidad demandada Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio incurrió en la conducta que da lugar a la aplicación de la sanción prevista en la ley, puesto que desde el **18 de febrero del 2015**, día siguiente al vencimiento del plazo de ley para proceder al pago de la cesantía solicitada y hasta el **31 de marzo del 2015** día anterior al pago, contravinieron la obligación prevista en el ordenamiento jurídico, lo cual equivale a una mora de **42 días**.

En consecuencia lo adeudado se liquidará así:

Asignación básica año 2014: \$2.711.939.00

¹⁵ Ibídem

¹⁶ Folio 7

Salario diario 2014: \$90.398

Días de mora: 42

Sanción moratoria: \$90.398x 42 = **\$3.796.715**

Por lo anterior se concluye que se adeuda al accionante por concepto de sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías el equivalente a **42** días de salario, es decir **\$3.796.715 pesos** de conformidad con lo antes expuesto.

12. PRESCRIPCIÓN

Debe señalarse en primer lugar que el despacho analizará la prescripción extintiva del derecho a la luz de lo dispuesto en el artículo 151 del C.S.T como quiera que el Consejo de Estado en diferentes oportunidades y en el caso específico de la sanción moratoria ha señalado que es la norma aplicable, por no estar regulada esta multa en el decreto 3135 de 1968.

La mencionada norma dispone:

“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.”

Ahora bien, en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, por la Sección Segunda del Consejo de Estado señaló:

« [...] Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial.

[...]

Corolario de lo expuesto, la Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora [...]» (Resaltado fuera de texto)

En el caso concreto, la sanción moratoria de la demandante se generó desde el 18 de febrero de 2015, y presentó la solicitud de su reconocimiento el 8 de septiembre de 2017, y la demanda fue radicada el 20 de marzo de 2018, por lo que se observa que no operó el fenómeno de la prescripción, pues no transcurrieron más de 3 años entre el momento que la obligación se hizo exigible y la solicitud que interrumpió la prescripción ni entre esta última y la presentación de la demanda.

13. INDEXACIÓN

En cuanto a la indexación solicitada por el apoderado de la parte actora, el despacho venía negando la misma en razón a lo dispuesto por el Consejo de Estado, quien indicaba que la sanción moratoria en si misma ya incluye la actualización monetaria pedida.

En ese sentido, dicha Corporación, en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, señaló:

"(...)

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

Frente a la interpretación de lo dispuesto en la mencionada providencia y el alcance del ajuste en los términos del artículo 187 del CPACA la Sección Segunda – Subsección A¹⁷, indicó que mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse, pero que al terminarse se consolidada una suma total, la cual si es objeto de ajuste desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia y posteriormente solo se pagaran los intereses en los artículos 192 y 195 del CPACA.

En virtud de lo anterior el despacho cambia la posición que venía adoptando y en consecuencia y dando alcance a la interpretación del órgano de cierre de esta jurisdicción, se ordenará reajustar la suma de **\$3.796.715 pesos desde el 1 de abril de 2015 y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia conforme lo señala el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011¹⁸.**

14. RECAPITULACIÓN

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que al señor **Hermes Ortiz Olivera**, en calidad de docente adscrito a la Secretaria de Educación Departamental, se le reconoció y pago en forma tardía la cesantía definitiva solicitada, éste despacho resolverá favorablemente las pretensiones de la demanda, reconociéndole el pago de un (1) día de salario por cada día de retardo en el reconocimiento y pago del

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda – Subsección A. Consejero Ponente Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Radicado 68001233300020160040601 (1728-2018).

¹⁸ "(...)"

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor".

auxilio pedido ajustada la suma a reconocerse en los términos del artículo 187 del CPACA.

15. CONDENA EN COSTAS.

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del CGP dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto; sin embargo, a pesar de que las pretensiones fueron despachadas favorablemente, no se condenará en costas a la entidad accionada, por cuanto en la audiencia inicial tuvo ánimo conciliatorio y presentó fórmula de arreglo, que no fue aceptada por la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad del Oficio No. SAC2017RE10968 del 30 de septiembre de 2017, proferido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio del cual que negó al demandante el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no pago oportuno de cesantías.

SEGUNDO: CONDÉNESE al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pagar al señor **Hermes Ortiz Olivera** quien se identifica con la C. C No 14.206.585, un día del salario por cada día de retardo en el pago de la cesantía definitiva solicitada, contados desde el 18 de febrero de 2015 y hasta el 31 de marzo de 2015, es decir por 42 días, lo que equivale a **tres millones setecientos noventa y seis mil setecientos quince pesos (3.796.715,00)**

TERCERO: Ajústese el valor reconocido **(\$3.796.715,00)** en los términos del artículo 187 del CPACA, desde el 1 de abril de 2015 y hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia y en adelante reconózcanse los intereses en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

CUARTO: SIN condena en costas.

QUINTO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO: En firme este fallo, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, expídanse copias con destino y a costa de las partes, con las precisiones del artículo 114 del C.G.P. las que serán entregadas a los apoderados judiciales que han venido actuando.

SÉPTIMO: Líquidense los gastos del proceso, si hubiere remanentes la parte demandante deberá solicitar su devolución conforme lo dispuesto en la **Circular DEAJC19-43 de fecha 11 de junio de 2019, expedida por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial - Consejo Superior de la Judicatura.**

OCTAVO: Archívese el expediente, previas las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES
Juez

