Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, veintiocho (28) de marzo del dos mil veintitrés (2023)

Acción: **NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicación: **73001 33 33 010 2021 00213 00**
Demandante: **NELLY MARTÍNEZ GARCÍA**
Demandado: **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**
Tema: sanción moratoria cesantías
Asunto **Sentencia**

I. ANTECEDENTES

En atención a la decisión proferida en la audiencia adelantada el veintitrés (23) de marzo del cursante, en la cual se manifestó **que se accedería parcialmente a las pretensiones** de la demanda que promovió la señora **NELLY MARTÍNEZ GARCÍA** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** 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 existencia del acto administrativo ficto o presunto configurado el **26 de diciembre del 2020**, producto del silencio de la entidad accionada, frente a la petición radicada el **26 de septiembre del 2020** mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la ley 1071 del 2006 por el pago tardío de las cesantías parciales a la docente señora **Nelly Martínez García.**

1.2 Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado el **26 de diciembre del 2020** producto del silencio de la entidad accionada, frente a la petición radicada No **IBA 2020 ER 016891** del **26 de septiembre del 2020** mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 del 2006 por el pago tardío de las cesantías parciales a la docente señora **Nelly Martínez García.**

1.3 Que se declare que la accionante tiene derecho a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 1071 del 2006 por el pago tardío de las cesantías parciales.

1.4 Que se declare que la accionante tiene derecho a que se le pague la suma de tres millones doscientos doce mil cuatrocientos cincuenta y siete ($3.212.457) pesos, los cuales no fueron objeto de pago por la entidad.

1.5 Que como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la accionada a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 1071 del 2006, a partir del **31 de agosto del 2019.**

1.6 Condenar a la accionada a cancelar la suma de tres millones doscientos doce mil cuatrocientos cincuenta y siete **($3.212.457)** pesos, pago omitido por la entidad.

1.7 Condenar a la accionada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria de conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A., aplicando la formula aceptada por el Consejo de Estado para ajustar su valor, esto es, cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total, es objeto de ajuste desde la fecha en que cesa la mora, es decir a partir del **29 de enero del 2020**, hasta la ejecutoria de la sentencia.

1.8 Que se condene a la accionada a dar cumplimiento al fallo acorde con lo establecido en los artículos 192 y 195 de la ley 1437 del 2011 que señalan que, una vez ejecutoriada la sentencia, se generan intereses, según lo dispuesto en los artículos en mención.

1.7 Que se condene en costas a la entidad demandada.

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 la señora **Nelly Martínez García** identificada con c.c. No. 20.568.810 de Fusagasugá**,** el **16 de mayo del 2019** solicitó el pago de las cesantías definitivas, según consta en el radicado No. **SAC 2019 PQR12373** y en la plataforma NURF II **2019 CES 750194** por los servicios prestados como docente de vinculación nacional situado fiscal en la Institución Educativa Joaquín Paris del Municipio de Ibagué (Folios 20 al 25 archivo 01 E.D.)

2.2 Con resolución **No. 1053-04447** del **23 de diciembre del 2019** expedida por la Secretaria de Educación del Municipio de Ibagué, le fue reconocido el auxilio solicitado (Folios 20 al 25 archivo 01 E.D.)

2.3 El pago de la prestación económica se realizó el **29 de enero del 2020**, según certificación de pagos de cesantías expedido por la Fiduprevisora (Folio 26 archivo 01 del E.D.)

2.5 La accionante a través de apoderado, el **26 de septiembre del 2020** con radicado No **IBA 2020 ER 016891,** 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 (Folios 31 al 34 archivo 01 expediente digital).

2.6 La entidad demandada guardo silencio.

2.7 El 31 de diciembre del 2019 la Fiduprevisora canceló a la accionante la suma de **$14.226.594** por concepto de 124 días de sanción moratoria causada, hasta el 31 de diciembre del 2019 (Folios 8 y 9 archivo 12 expediente digital)

2.8 La señora **Nelly Martínez García** en el año 2019 devengaba una asignación básica de $3.441.918 pesos Certificación de salarios. Folios 27 al 28 archivo 01 expediente digital

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. archivo 12 expediente digital

Dentro del término legal la apoderada de la entidad accionada contestó la demanda oponiéndose a la nulidad del acto que se pretende, por cuanto la negativa de la entidad se encuentra ajustada a derecho, aunado a que no es procedente que la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sea condenada al pago de la sanción moratoria en favor de la parte actora, toda vez que no

es la entidad responsable de la sanción mora de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, causada del 01 de enero de 2020 al 13 de marzo de 2020 y adicional que el FOMAG no tiene responsabilidad porque para él hasta el 31 de diciembre de 2019 no se ha causado días de mora.

Señaló que no existe responsabilidad de la sanción mora causada, por parte de la entidad accionada toda vez que el reconocimiento y pago se encuentra a cargo de otras entidades.

Agregó que ante la inoperancia de la nulidad del acto administrativo que se solicitó, deviene en improcedente el reconocimiento y pago de la mentada sanción por mora por parte de la accionada, aunado al hecho de que no existe acto administrativo o sentencia judicial que ordene el pago por dicho concepto, además, se evidencia que la pretensión se formuló de forma indeterminada.

Frente al reconocimiento de la sanción por mora el Consejo de Estado en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018, establece que en el caso en que en la administración resuelva la solicitud de cesantías parciales o definitivas de manera tardía o no lo haga, el termino para la sanción moratoria empezará a contarse a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contaran 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo del reconocimiento, esto según el artículo 4 de la Ley 1071/2006, 10 días del término de ejecutoria de la decisión según lo establecido en los artículos 76 y 87 de la ley 1437 de 2011 y 45 días hábiles a partir del día en que quedo en firme la resolución, por lo que, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causara la sanción por mora de la que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006

La ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fomag, es el régimen especial que regula lo concerniente a las cesantías del personal docente oficial, ello es así toda vez que la ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 regulan el pago de las cesantías y la sanción moratoria por el pago tardío a los servidores públicos a nivel general, observándose, que de la lectura de la norma (artículo 2 subrogado por el artículo 5o. de la Ley 1071 de 2006) no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.

Indicó que solicitudes de reconocimiento de prestaciones deben ser radicadas en la secretaría de educación de la respectiva entidad territorial, a quien le corresponde expedición del acto administrativo y es el fondo quien tiene la función del pago de prestaciones, sin embargo, valga la pena aclarar que, ante la discrepancia existente entre la fecha de solicitud de la prestación que informa la parte demandante y la fecha que reposa en la resolución expedida por el ente territorial, es de vital importancia determinar la fecha real en vista de que no puede perderse de vista que la precitada solicitud tiene requisitos sine qua nom para ser resuelta y no puede tomarse la primera fecha en la que se radica, ya sea porque está incompleta o porque no se radican los soportes requeridos.

El parágrafo primero del artículo 57 de la ley 1955 de 2019 se refirió a la mora del ente territorial respecto de la expedición del acto administrativo por medio del que se reconoce la prestación social deprecada por el docente, en el siguiente sentido:

> "*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*"

Concluye señalando que teniendo en cuenta los anteriores fundamentos jurídicos me permito manifestar al despacho que el FOMAG no tiene la responsabilidad del pago de la sanción mora toda vez que al 31 de diciembre de 2019 no se ha generado mora.

Propuso las excepciones de*:* 1. Responsabilidad del ente territorial 2. Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva del fondo de prestaciones sociales del magisterio para el pago de la sanción moratoria. 3. Inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad atinente a la conciliación extrajudicial. 4. Detrimento patrimonial del Estado. 5. Cobro de lo no debido –excepción de pago. 6. Genérica.

En desarrollo de la audiencia inicial el despacho negó la excepción de vinculación de la secretaría de Educación de la entidad territorial decisión confirmada por el Honorable Tribunal administrativo del Tolima.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1. Parte demandante Archivo 30 expediente digital

En desarrollo de la audiencia inicial realizada el 23 de marzo del cursante, la apoderada judicial de la accionante y como alegatos de conclusión se ratificó en los hechos y pretensiones y fundamentos legales esbozados en la demanda y en forma respetuosa solicita a su señoría, se sirva acceder favorablemente a las pretensiones de la demanda y negar las excepciones propuestas por la entidad demandada.

Lo anterior teniendo en cuenta tanto la sentencia de la corte Constitucional en las cuales por diferentes razones se considera que aquellas personas que se desempeñan al servicio del estado tienen derecho al pago de la sanción moratoria prevista en la ley 244 del 2005 modificada por la ley 1071 del 2006.

Ahora bien, en el caso concreto, se tiene que la representada, solicito el día 16 de mayo del 2019, fecha a partir de la cual la entidad tenía 70 días hábiles para hacer el pago, venciéndose dicho término el 30 de agosto del 2019, sin embargo, la cancelación de las cesantías se llevo a cabo el solo hasta el 28 de enero del 2020, correspondiente a 152 días de mora.

No obstante, como su señoría ya lo indicó en la fijación del litigio la entidad realizó un pago parcial por valor de $14.226.594 pesos, hecho que se encuentra probado, que equivale a 124 días de los 152 solicitados y que abarcan el periodo de mora comprendido entre el 30 de agosto del 2019 y hasta el 31 de diciembre del 2019, quedando por reconocer el periodo de mora a partir del 1 de enero del 2020 hasta el 28 de enero del 2020, para un total de 28 días de mora, que se encuentran pendientes de reconocer a cargo de la entidad.

Igualmente, su señoría solicitó se tenga en cuenta el ajuste de valor de que trata el artículo 187 del CPACA, en el entendido que una vez que quede ejecutoriada la condena no procede la indexación causada día a día, sino que se generan los intereses, según lo dispuesto en el artículo 192 y 195 del CPACA.

En conclusión, no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación pues dada la naturaleza indemnizatoria de dicha sanción, sin embargo, el valor total generado si se ajusta desde la fecha en que ceso la mora y hasta la ejecutoria de la sentencia.

En este término reiteró la petición de acceder a las pretensiones de la demanda incluyendo el ajuste del valor a pagar por la sanción moratoria y de esa manera dejo expuestos los alegatos de conclusión.

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

A su vez y en la misma diligencia el apoderado del FOMAG, rindió sus alegatos de conclusión en los siguientes términos: las pretensiones de la demanda están dirigidas al recaudo de la obligación de las cuales, la parte actora, no tiene derecho, puesto que como fue expuesto con anterioridad la sanción moratoria generada por el pago tardío de las cesantías, con ocasión de expedición de la resolución No 4447 del 20 de diciembre del 2019, han sido pagadas de conformidad con la certificación emitida por la fiduciaria la previsora por un valor de $14.226.594. pesos, de conformidad con la expedición de la ley 1955 del 2019, en ese aspecto, tengo que manifestar que la norma en su parágrafo 57 inciso 4 establece que la entidad territorial será la responsable del pago de la sanción moratoria, que se cause después del 31 de diciembre del 2019, y así mismo, no podrá decretarse pago de indemnizaciones económicas por vía judicial, o administrativa con cargo a los recursos del FOMAG, ya que se evidenciaría un detrimento patrimonial de conformidad con lo establecido en la ley.

Así mismo ese parágrafo transitorio, para efecto de financiar el pago de las sanciones moratorias, con cargo al fondo del magisterio, serán causadas hasta el 31 de diciembre, lo cual se realizó de manera expedita, de acuerdo con la certificación expedida por la fiduciaria, la cual evidencia el pago de la obligación, en el caso que nos convoca en el día de hoy.

Teniendo estos fundamentos jurídicos se permite, manifestar a su Despacho que el fondo FOMAG no tiene la responsabilidad del pago de la sanción mora después del 31 de diciembre del 2019, que se ha generado.

Así mismo manifiesto a usted señor Juez que el reconocimiento y pago de las sanciones moratorias causadas entre el 1 de enero del 2020 y hasta el 20 de enero del año 2020, pues debe ser asumida con cargo a los recursos de la entidad que generó la mora por la tardanza, en el tramite a su cargo, en este sentido, le solicitó, se tenga como excepción de pago de la obligación, por parte del FOMAG y así mismo se denieguen las pretensiones, a las cuales hace alusión la parte demandada.

4.3 Ministerio público

En su concepto expresó que, de conformidad con las pruebas arrimadas en el despacho y de acuerdo con la ley 1955 el agente del ministerio público considera que no le asiste razón al accionante, para que se le reconozca y pague su sanción de mora, puesto que al FOMAG no le corresponde, sino que le corresponde a la entidad territorial, al haber entrado en vigencia la ley 1955.

5. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5.1. Tesis de las partes

5.1.1 Parte accionante

La parte actora solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que la entidad obligada al pago de la prestación económica demoró injustificadamente el reconocimiento, sin ningún argumento válido causando un perjuicio irremediable al empleado razón por la cual se debe reconocer la sanción moratoria y contarse a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles de haberse radicado la solicitud, términos perentorios que están siendo burlados por la entidad, evadiendo la protección de los derechos del trabajador, en consecuencia el FOMAG debe asumir la sanción

correspondiente por la mora en el pago de la cesantía, que se materializa para resarcir los daños causados y corresponde al despacho proteger oportunamente.

5.1.2 Parte accionada.

Deben negarse las pretensiones porque, no es procedente que la Nación – Ministerio de educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sea condenada al pago de la sanción moratoria en favor de la parte actora, toda vez que no es la entidad responsable de la sanción mora de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, causada del 01 de enero de 2020 al 13 de marzo de 2020 y adicional que el FOMAG no tiene responsabilidad porque para él hasta el 31 de diciembre de 2019 no se ha causado días de mora.

Asimismo, que la ley 1955 del 2019, en su parágrafo 57 inciso 4 establece que la entidad territorial será la responsable del pago de la sanción moratoria, que se cause después del 31 de diciembre del 2019, y que, no podrá decretarse pago de indemnizaciones económicas por vía judicial, o administrativa con cargo a los recursos del FOMAG, ya que se evidenciaría un detrimento patrimonial de acorde con lo establecido en la ley.

6. Problema Jurídico

Como se indicó anteriormente, la litis planteada por las partes se concreta en establecer si: ¿La accionada debe pagar al accionante, el saldo restante por concepto de sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo en virtud de la mora en el pago de la cesantía reclamada, contado a partir del día siguiente al que venció el término legalmente establecido, por 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?

6.1 Tesis del despacho

Este despacho accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda dando aplicación a lo dispuesto en los considerandos de la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado de fecha 18 de julio de 2018, 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 de la accionante dentro del término indicado por la Ley 1071 de 2006 y teniendo en cuenta que se trata de cesantías definitivas.

7. Marco legal y jurisprudencial

7.1 Régimen de cesantías del personal docente oficial en Colombia y el reconocimiento de la sanción moratoria

Conforme a reglas establecidas por el legislador[1], evidenciamos que, en materia de cesantías para el personal docente, podemos encontrar **docentes con régimen de retroactividad** (docentes nacionalizados que se encontraban vinculados a 31 de

[1] **"**Art. 15 Numeral 3 Ley 91 de 1989 ***3º Cesantías.*** A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.
B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1°. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. "

diciembre de 1989) y **docentes con régimen de anualidad** (docentes nacionales y los vinculados a partir del 1 de enero de 1990).

Así mismo, es necesario recordar que el Consejo de Estado[2] ha precisado que la sanción moratoria está consagrada para el régimen de liquidación anual de cesantías y para el régimen de retroactividad de cesantías por retiro definitivo del servicio, conforme con la Ley 244 de 1995, posición acogida por el Tribunal Administrativo del Tolima[3].

La Corte Constitucional[4] al hacer el análisis de asequibilidad 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 teniendo en cuenta la sentencia de unificación jurisprudencial de fecha 18 de julio de 2018 proferida por el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo relacionada con la aplicación de la sanción moratoria para el personal docente,[5], concluyó que la misma debía ser reconocida a la luz de los dispuesto en la Ley 244 de 1995, modificada por la 1071 de 2006, teniendo como conclusiones la siguientes:

> *"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 sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.*
> *3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías 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 ley[6] para que la entidad intentara 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 la peticionaria 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 del 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 normatividad general es aplicable para el reconocimiento de la sanción moratoria para el personal docente en Colombia, concluyendo que:

---

[2] Ver sentencias: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección2da - Subsección A. C.P.: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sent. 19/07/2018. Rad. 08001-23-31-000- 2012-00524-01 (1700-16); y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección 2da - Subsección A. C.P.: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sent. del 07/12/2017. Rad: 44001-23-33-000-2013-00089-01 (3048-14).
[3] Tribunal Administrativo del Tolima. M.P.: Dr. José Aleth Ruiz Castro. Sent. 04/04/2019. Rad. 73001-23-33-006-2018-00163-00
[4] Sentencia C-486 de 2016
[5] Consejo de Estado. Sala Plena Sección Segunda – sentencia de unificación r importancia jurídica. 18 de julio de 2018. Rad. SU-012-S2.
[6] Artículos 68 y 69 CPACA.

"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, acoger 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".

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes consideraciones:

8. Caso concreto

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el despacho a determinar si en el caso sub-júdice a la accionante se le reconoció y pagó su cesantía parcial en el término estipulado.

8.1 Hechos probados jurídicamente relevantes

HECHOS PROBADOS	***MEDIO PROBATORIO***
1. Que la señora Nelly Martínez García el 16 de mayo del 2019 solicitó el pago de las cesantías definitivas, según consta en el radicado **SAC 2019 PQR12373 y en la plataforma NURF** 2019 CES 750194 en razón a los servicios prestados en calidad de docente de vinculación nacional.	**Documental:** Extraído de la resolución No 1053-04447 del 23 de diciembre del 2019 (Folios 20 al 25 archivo 01 expediente digital)
2. La secretaría de educación departamental reconoció la prestación económica.	**Documental:** Copia resolución No 1053-04447 del 23 de diciembre del 2019 (Folios 20 al 25 archivo 01 expediente digital)
3. El pago de la cesantía se efectuó el 29 de enero del 2020	**Documental**: Certificación del pago de cesantía de la Fiduprevisora (Folio 26 archivo 01expediente digital)
4.El 26 de septiembre del 2020 la actora por intermedio de apoderado solicitó a la demandada, el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.	**Documental:** Petición radicada No IBA 2020 ER 016891 (Folios 31 al 34 archivo 01 expediente digital)
5. Que la accionada guardó silencio.	
6.Fiduprevisora canceló la suma de **$14.226.594** pesos por concepto de 124 días de sanción moratoria causada hasta el 31 de diciembre del 2019	**Documental:** Certificación del pago de cesantía de la Fiduprevisora (Folios 8 y 9 archivo 12 expediente digital)
7. Que la accionante en el año 2019 devengada por concepto de sueldo básico mensual la suma de $3.441.918 pesos	**Documental:** certificado de salarios expedido por la Secretaría de Educación departamental (Folios 27 al 28 archivo 01 expediente digital)

Ante la demora de la administración para emitir un pronunciamiento sobre el reconocimiento de las cesantías, la indemnización moratoria generada de un (1) día de salario por cada día de retardo en el pago de la prestación, se comenzará a contar a partir del día siguiente al que venció el término legal de **setenta días hábiles,** que corresponden a los quince (15) días hábiles que tenía la entidad territorial para expedir la resolución, más diez (10) días hábiles que corresponden a la ejecutoria de la resolución de reconocimiento y 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.

Se tiene que el día **16 de mayo del 2019**[7], la señora **Nelly Martínez García** elevó la solicitud de reconocimiento de cesantías definitivas, prestación reconocida el día **23** de

[7] Según resolución No. 1053-04447 del 23 de *diciembre* del 201*9.* Folios 20 al 25 archivo No 01 demanda. expediente digital

diciembre del 2019 mediante la Resolución No. **1053-04447**[8]**,** las cuales fueron pagadas el **29 de enero del 2020**[9]

En vista de lo anterior, la entidad contaba únicamente con quince (15) días hábiles para expedir la resolución que reconociera las cesantías parciales del demandante, los cuales vencieron el **7 de junio del 2019** existiendo demora de la accionada para proferir el acto administrativo dentro del tiempo previsto en la ley, habiéndolo hecho luego de 6 meses y 16 días después de radicada la solicitud, surgiendo de esta forma el derecho a recibir la sanción consistente en un día de salario por cada día de mora en la consignación de sus cesantías.

Para el caso en estudio se cuentan así:

Solicitud cesantías definitivas	16 de mayo del 2019
Término para expedir la resolución (15 días hábiles)	Desde el 17 de mayo del 2019 hasta el 7 de junio del 2019
Término de ejecutoria de la resolución (10 días hábiles. Art. 76 del CPACA)	Desde el 10 de junio del 2019 hasta el 21 de junio del 2019
Término para efectuar el pago. (45 días hábiles).	Desde el 25 de junio del 2019 hasta el 29 de agosto del 2019
Fecha acto administrativo res No **1053-04447**	23 de diciembre del 2019
Fecha de pago	23 de enero del 2020
Tiempo de mora: 152 días.	Desde el 29 de agosto del 2019 hasta el 28 de enero del 2020

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 **29 de agosto del 2019,** día siguiente al vencimiento del plazo de ley para proceder al pago de la cesantía solicitada y hasta el **28 de enero del 2020** día anterior a la fecha del pago, contravinieron la obligación prevista en el ordenamiento jurídico, lo cual equivale a una mora de **152** días.

En consecuencia, lo adeudado se liquidará así:

Asignación básica año 2019: $3.441.918
Salario diario 2019: $114.730.60
Días de mora: 152
Sanción moratoria: $114.730.60 x 152 = **$17.439.051.20**

Es preciso tener en cuenta que Fiduprevisora puso a disposición de la accionante en el mes de diciembre del 2019, una suma de dinero por concepto de sanción moratoria, por lo tanto, a la señora Martínez García se le adeuda:

Valor total sanción mora	Valor cancelado	saldo
$17.439.051.20	$14.226.594	$3.212.457.20

Por lo anterior se concluye que se adeuda a la accionante por concepto de sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías la suma de **tres millones doscientos doce mil cuatrocientos cincuenta y siete pesos con veinte centavos ($ 3.212.457,20)**, de conformidad con lo antes expuesto.

[8] Folios 20 al 25 archivo No 01 demanda. expediente digital
[9] folio 26 archivo No 01 demanda. expediente digital

9. De las excepciones

La apoderada de la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales propuso la excepción de ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva y responsabilidad del ente territorial, señalando que; no es la entidad responsable de la sanción mora de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, que la entidad territorial será la responsable del pago de la sanción moratoria, que se cause después del 31 de diciembre del 2019, y así mismo, no podrá decretarse pago de indemnizaciones económicas por vía judicial, o administrativa con cargo a los recursos del FOMAG, ya que se evidenciaría un detrimento patrimonial de conformidad con lo establecido en la ley.

Para resolver las excepciones el despacho hará las siguientes consideraciones:

1. Con la Ley 91 de 1989, se creó el FOMAG y se estableció como una cuenta estatal, con independencia patrimonial contable y estadística, sin personería jurídica (artículo 3) encargada de realizar el pago de las prestaciones sociales de los docentes, además se señaló que sus recursos serían administrados por una fiduciaria estatal y el contrato de fiducia mercantil sería manejado por un Consejo Directivo, conformado por el Ministro de Educación o el Viceministro de Educación, quien lo presidirá (Artículo 6) el Ministro de Hacienda, el Ministro de Trabajo y Otros delegados y las prestaciones sociales pagaderas a los docentes se harían a través del Ministerio de Educación Nacional (artículo 9).

En ese orden de ideas, el Ministerio de Educación Nacional, como presidente del Consejo del FOMAG, tiene injerencia directa sobre las decisiones generales tomadas con relación al pago de las prestaciones sociales de los docentes, a través de la entidad territorial correspondiente, sobre el uso de los recursos de la entidad y sobre todo en la selección de la fiducia mercantil, encargada del pago de las mismas, razones suficientes para considerar que es la entidad legitimada en la causa para comparecer a la presente actuación.

En este sentido, debe indicarse que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 91 de 1989 y el 180 de la Ley 115 de 1994, la entidad encargada del reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, es el Ministerio de Educación Nacional a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la cual esta entidad está legitimada por pasiva.

2. De la lectura del artículo 57 ley 1955 del 2019 se colige que, en efecto las entidades territoriales serán las responsables del pago de la sanción por el pago tardío de las cesantías, mora que se genere después del 31 de diciembre del 2019.

El anterior término de tiempo no es aplicable en el presente caso, puesto que la mora no se generó después de la fecha límite sino con anterioridad - desde el 29 de agosto del 2019 - fecha en la cual el citado artículo no había entrado en vigor, en consecuencia, en el presente litigio, se negarán las excepciones propuestas

10. Prescripción

Respecto de la prescripción el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 estableció:

> *"ARTICULO 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual".*

En el caso bajo estudio, se observó que la señora Nelly Martínez laboro hasta el **3 de febrero del 2019**, por lo tanto, la obligación se hizo exigible a partir del día siguiente **4 de febrero del 2019,** el término legal para reclamar oportunamente las cesantías expiraría el **3 de febrero del 2022** y la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la prestación que interrumpió la prescripción fue el **17 de mayo del 2019** sin que hubiese transcurrido más de tres (3) años, término legal concedido para la prescripción de los derechos laborales.

11. Indexación

Respecto de la indexación el despacho traerá a colación lo expuesto por el Consejo de Estado en los que señala 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, ya referida señaló:

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

12. 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 C. G. P 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. Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza

En el presente caso se observa que las pretensiones de la demanda fueron despachadas favorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la entidad demandada en la suma equivalente al cuatro por ciento (4%) de las condenas impuestas en esta sentencia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la existencia del acto administrativo ficto o presunto, producto del silencio de la entidad accionada, respecto de la petición radicada el **26 de septiembre del 2020**

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo, producto del silencio administrativo de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio respecto de la petición de fecha **26 de septiembre del 2020** radicado No **IBA 2020 ER 016891**, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 del 2006, a la señora **Nelly Martínez García**

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se **CONDENA** a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pagar a la señora **Nelly Martínez García** identificada con cedula de ciudadanía No. 20.568.810 de Fusagasugá**,** la suma de **tres millones doscientos doce mil cuatrocientos cincuenta y siete pesos con veinte centavos ($3.212.457,20),** correspondientes al valor dejado de cancelar de un día de salario por cada día de retardo en el pago de la cesantía definitiva, contado desde el **1 de enero del 2020** hasta el **28 de enero del 2020**, es decir **28** días.

CUARTO: CONDENAR en costas a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C.G.P, para lo cual se fija la suma equivalente al cuatro por ciento (4%) de las condenas impuestas en esta sentencia, como agencias en derecho

QUINTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: 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.

OCTAVO: 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.

NOVENO: Por secretaría efectúense las anotaciones en el sistema Siglo XXI y una vez en firme, archívese el expediente

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS MANUEL GUZMÁN
Juez

Firmado Por:
Luis Manuel Guzman
Juez Circuito
Juzgado Administrativo

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0599602e315a8174e9a7e53e05287b35ae377cdf0259fdf79696e31176ee597f**
Documento generado en 28/03/2023 09:37:51 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica