



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, primero (1) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Radicado: 73001 33 33 010 2019 00383 00
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: EMPERA FORERO CASTRELLON.
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.
Asunto: sanción moratoria cesantías
Sentencia: 00084

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal establecido en el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio del 2020, se procede a dictar sentencia en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora **EMPERA FORERO CASTRELLON** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**.

I. PRETENSIONES

1.1 Que se declare que la entidad accionada no ha dado respuesta a la petición de fecha 21 de mayo del 2019 radicado **SAC 2019 PQR 13185** operando el silencio administrativo presunto negativo quedando agotada la vía gubernativa.

1.2 Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto producto del silencio de la entidad accionada, respecto de la petición del **21 de mayo del 2019** radicado **SAC 2019 PQR 13185** 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 **Empera Forero Castrellón**.

1.3 Que se declare el reconocimiento y pago a la accionante de lo consagrado en la ley 244 de 1995, a partir del 30 de octubre del 2018

1.4 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 244 de 1995 subrogada por la ley 1071 del 2006, a partir del 13 de febrero del 2018 hasta la fecha de su pago el 4 de abril del 2018.

1.5 Se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del día siguiente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, hasta que se efectúe el pago.

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 **Empera Forero Castellón** solicitó anticipo de cesantías con destino a reparación de vivienda el **30 de octubre del 2018** según consta en el radicado No 2018CES28033 en calidad de docente de vinculación nacionalizado situado fiscal.

2.2 Que con resolución No. **0498** del **4 de febrero del 2019**, le fue reconocido el auxilio solicitado.

2.3 Que el pago de la cesantía parcial se efectuó el **14 de marzo del 2019**

2.4 Que la accionante a través de apoderado, el **21 de mayo del 2019** 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 la entidad demandada guardo silencio.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Departamento del Tolima –

No contestó demanda

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

Dentro del término legal la apoderada de la accionada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de nulidad del acto atacado y a la condena por sanción moratoria.

Que la jurisprudencia de la Corte constitucional y del Consejo de Estado ha sido adversa a la posición inicialmente asumida por el Ministerio de educación respecto de la sanción por mora que se le impone pagar al FOMAG, al respecto las altas Cortes determinaron que la sanción por mora sí es aplicable al pago de cesantías del FOMAG, a pesar que no esté previsto en la Ley 91 de 1989 ni en la Ley 962 de 2005.

No obstante, lo anterior, la presencia de problemas operativos en las entidades territoriales impide el cumplimiento de los términos para proyectar las respectivas resoluciones que reconocen las prestaciones sociales de los educadores nacionales afiliados al FOMAG.

Que el decreto 1272 del 2018, modificó el procedimiento para el reconocimiento de las cesantías y en el caso que nos ocupa se observa en el plenario que la Secretaría de Educación territorial a la que se encuentra adscrito el demandante, reconoció las cesantías solicitadas atendiendo al turno de radicación y disponibilidad presupuestal dispuestos para tal efecto.

Agregó que la solicitud de reconocimiento de prestaciones económicas se presenta ante la última entidad de educación territorial, las secretarías de educación respectivas deben recibir y radicar las solicitudes, expedir las certificaciones y subir a la plataforma los proyectos de acto administrativo, suscribirlos y remitirlos a la sociedad fiduciaria con la constancia de ejecutoria.

Que durante el trámite pueden surgir diferentes circunstancias, demora de la entidad territorial en la proyección del mismo o en expedirlo luego de recibida la aprobación por

parte de la sociedad fiduciaria, demoras en la notificación del mismo o demora en la expedición de la disponibilidad presupuestal.

Hace notar que, en todos los casos, el pago de la sanción por mora corre a cargo del FOMAG, a pesar de que la mora haya sido causada por la entidad territorial o por la mora en la expedición de la disponibilidad presupuestal. razón por la cual se debe analizar el motivo por el cual se generó la mora para determinar si el pago le corresponde al Ministerio de educación.

Agregó que es importante mencionar que el procedimiento de reconocimiento de las cesantías a los docentes fue modificado por la ley 1955 del 2019 que en el artículo 57 estableció la eficiencia en la administración de los recursos del FOMAG y señaló que no podrán decretarse pago de indemnizaciones económicas por vía judicial con cargo a los recursos del FOMAG e indicando que la entidad territorial será responsable del pago de la sanción moratoria en aquellos casos en que el pago se genere por incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega del acto administrativo y el fondo solo del pago de las cesantías.

Solicitó al despacho declarar probada la excepción, dar por terminado el proceso y abstenerse de condenar en costas a la entidad accionada.

Propuso la *excepción genérica*.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1. Parte demandante

Según constancia secretarial (archivo 9 expediente digital) el apoderado de la parte demandante no presentó alegatos de conclusión

4.2. Parte demandada

La apoderada del Ministerio de educación - FOMAG en su escrito de alegatos de conclusión se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, porque carecen de sustento fáctico y jurídico necesario para que las mismas prosperen y solicitó muy respetuosamente se sirva denegar en su totalidad las condenas en contra de la Nación - ministerio de educación – fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

Señaló que la Ley 91 de 1989 en su artículo tercero creó 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.

Precisó 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 del Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio o fidecomiso

Señaló que, para el reconocimiento y pago de las cesantías, la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, estableció los términos para el pago oportuno de cesantías de los servidores públicos, 15 días para la expedición del acto de

reconocimiento, 10 días en caso de que la solicitud este incompleta y 45 días para su pago.

Señalar que, si bien la sanción moratoria no es considerada un derecho laboral, la misma no persigue la protección del poder adquisitivo del patrimonio del trabajador, sino que se trata de una pena en contra de la Entidad como consecuencia de su negligencia e incumplimiento, en consecuencia y de acuerdo con la Corte Constitucional: *“La cesantía constituye una forma de remuneración laboral, por lo cual los trabajadores tienen derecho a que éstas no pierdan su valor adquisitivo, debido a la ineficiencia de las entidades pagadoras y a los fenómenos inflacionarios. La sanción moratoria impuesta por la ley busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria, sino que incluso es superior a ella.”*

Así mismo, el Tribunal de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, señaló la naturaleza y finalidades de la sanción moratoria, insistiendo que se trata de una multa a cargo del empleador, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria.

Culmina su escrito y teniendo en consideración lo antes señalado, no resulta procedente tampoco la indexación de la sanción moratoria que presuntamente se causó a favor del actor, habida consideración que, la indexación de las sumas que se causen como consecuencia de la sanción moratoria resultan improcedentes entre sí, pues dicha indexación hace mucho más gravosa la situación de la administración, ya que dicho emolumento no solo cubre la actualización monetaria sino que es superior al valor que resulta de la referida sanción, aunando lo anterior se tiene que, no se trata de un derecho laboral, sino por el contrario es un correctivo frente a la negligencia de la administración.

5. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

Antes de entrar a estudiar el fondo principal de la controversia es menester analizar de oficio la legitimación en la causa del Departamento del Tolima en el presente proceso.

5.1 De la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento del Tolima.

Al respecto debemos remitirnos a lo establecido en la ley 91 de 1989 que señaló dentro de las funciones del FOMAG el pago de las prestaciones económicas de las docentes reconocidas mediante acto administrativo proferido por la secretaria de educación del ente territorial la cual actúa acorde con la función delegada por la entidad nacional.

Teniendo en cuenta que la citada ley dispone que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, y, que se encuentra dentro de sus funciones la de efectuar el pago de las prestaciones y velar porque la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.

El artículo 9 de la norma citada señala:

“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, el Decreto Reglamentario 2831 de 2005, de cara al trámite del reconocimiento de prestaciones sociales de docentes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones, indica, en sus art. 4 y 5, que la resolución de reconocimiento de prestaciones sociales es elaborada y por consiguiente, suscrita por el Secretario de Educación del respectivo ente territorial, sin embargo, ello no desconoce que la función de reconocer y pagar las prestaciones a favor de los docentes es con cargo a la Nación – Ministerio de Educación a través del Fondo Nacional de Prestaciones, cuya creación tiene como objetivo precisamente éste y no otro.

Revisado el acto administrativo que reconoció el pago de las cesantías y la ausencia de respuesta frente al reconocimiento de la sanción moratoria por no pago oportuno de las cesantías a favor de la accionante, advierte el Despacho que, en efecto el mismo fue suscrito por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima junto al representante del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cumplimiento de las funciones que para ello les fue delegada por la ley 962 de 2005 y el decreto 2831 de 2005, pese a ello y en virtud de lo señalado anteriormente, habrá de declararse de oficio **probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento del Tolima**, toda vez que el acto administrativo demandado, sólo atiende a la delegación que la norma hace en exclusiva para la proyección del acto, sin que ello implique que la decisión de su reconocimiento y por ende su pago sea del resorte del ente, pues en el mismo se manifiesta la voluntad de la Nación – Ministerio de Educación por intermedio del representante autorizado del Fondo Nacional de Prestaciones y como consecuencia se declara al Departamento del Tolima separado de las resultas del presente litigio y se continuará el proceso con la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag en calidad de accionada.

5.2 Tesis de las partes

5.2.1 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 la sanción moratoria debe contarse a partir de los 60 días de haberse radicado la solicitud y solamente debe demostrarse en qué fecha se realizó el pago de la prestación, de acuerdo a lo establecido en la Ley 1071 del 2006 que modificó la Ley 244 de 1995, las cuales establecen un plazo perentorio para la liquidación y pago de la cesantía, fijando un imperativo para que la administración expida la resolución en forma oportuna y evitar de esta manera la transgresión de los derechos prestacionales de los docentes.

5.2.2 Parte Accionada (Nación- FOMAG)

Solicitó denegar todas y cada una de las pretensiones de la demanda, porque carecen de sustento fáctico y jurídico necesario para que las condenas prosperen en contra de la Nación - ministerio de educación – fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio y tampoco resulta procedente la indexación teniendo que sanción moratoria no es considerada un derecho laboral, pues la misma no persigue la protección del poder adquisitivo del patrimonio del trabajador, sino que se trata de una pena en contra de la Entidad como consecuencia de su negligencia e incumplimiento.

Que durante el trámite pueden surgir diferentes circunstancias, demora de la entidad territorial en la proyección del mismo o en expedirlo luego de recibida la aprobación por parte de la sociedad fiduciaria, demoras en la notificación del mismo o demora en la expedición de la disponibilidad presupuesta, a pesar de ello en todos los casos, el pago de la sanción por mora corre a cargo del FOMAG, a pesar de que la mora haya sido causada por la entidad territorial o por la mora en la expedición de la disponibilidad presupuestal. razón por la cual se debe analizar el motivo por el cual se generó la mora para determinar si el pago le corresponde al Ministerio de Educación.

6. Problema Jurídico

Como se indicó anteriormente, la litis planteada por las partes se concreta en establecer: ¿La accionada debe pagar a la accionante, la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo en el pago de la cesantía 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?

6.1 Tesis del despacho

Este despacho accederá a las pretensiones de la demanda dando aplicación a lo dispuesto en los considerandos de la sentencia de unificación de Sala Plena de la Sección Segunda 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 parciales del accionante dentro del término indicado por la Ley 1071 de 2006 y teniendo en cuenta que se vinculó en calidad de docente departamental en vigencia del régimen anualizado de cesantías.

6.2. Del régimen de cesantías del personal docente oficial en Colombia y el reconocimiento de la sanción moratoria

Conforme a reglas establecidas por el legislador¹, 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 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 Estado² ha precisado que la sanción moratoria está consagrada para el régimen de liquidación anual de cesantías y para el

¹ “Art. 15 Numeral 3 Ley 91 de 1989 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. “

² Ver sentencias: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - 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 Segunda - Subsección A. C.P.: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sent. del 07/12/2017. Rad: 44001-23-33-000-2013-00089-01 (3048-14).

régimen de retroactividad de cesantías por retiro definitivo del servicio, conforme con la Ley 244 de 1995, posición acogida por el Tribunal Administrativo del Tolima³.

La Corte Constitucional⁴ 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 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 lo 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 ley⁶ 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.

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 por importancia jurídica. 18 de julio de 2018. Rad. SU-012-S2.

⁶ Artículos 68 y 69 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, 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”.

En lo que tiene que ver con el salario para la liquidación de la sanción moratoria el Consejo de Estado en la sentencia de unificación No 0580 del 2018⁷, señaló:

(....)

Es necesario señalar que, frente al salario a tener en cuenta para liquidar la sanción moratoria, la Sección Segunda de esta Corporación, se pronunció a través de la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 de 2016¹³², en la que fijó como regla que sería el devengado por el empleado al momento en que se produce el retardo, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías sucesivos, la asignación salarial cambia por cada anualidad

(...)

*140. Al respecto, la Sección Segunda sienta jurisprudencia para precisar que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las **cesantías parciales**¹³⁴ será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades, es decir se extienda en el tiempo, además que la penalidad se encuentra justificada por el incumplimiento en la obligación del pago por el empleador; y porque contrario al sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990¹³⁵, para los servidores públicos del nivel territorial afiliados a fondos administradores privados y que se vinculen a partir del 31 de diciembre de 1996¹³⁶.*

(...)

143. Por consiguiente, la Sala reitera que, en lo referente a las cesantías parciales, la asignación básica para la liquidación de la sanción será la que devengue el servidor al momento de la causación de la mora, a diferencia de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las definitivas, que estará constituida por la devengada para la fecha de finalización de la relación laboral o el vínculo contractual, por ser la fecha en que se hace exigible tal prestación social.

7. 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 en el término estipulado.

7.1 Hechos probados jurídicamente relevantes

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que la docente señora Empera Forero Castellón mediante petición del 30 de octubre del 2018 solicitó a la entidad accionada reconocimiento y pago de cesantías parciales con destino a reparación de vivienda.	Documental: Extraído de la resolución 0498 del 4 de febrero del 2019 (fl 13 – 14)

⁷ Sentencia 00580 de 2018 Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. 18 de julio del 2018. Rad. No.: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15)

2. Que el 4 de febrero del 2019 se reconoció la cesantía parcial a la demandante.	Documental: Copia resolución No 0498 del 4 de febrero del 2019 (fl 13 – 14)
3. Que el pago de las cesantías se efectuó el 4 de abril del 2019	Documental: Certificación del pago de cesantía BBVA (fl 17))
4. Que el 21 de mayo del 2019 la actora solicitó a la demandada, el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.	Documental: Petición radicada No SAC 2019 PQR 13185 (fl 9 - 11)
5. Que la accionada guardó silencio.	
6. Que la accionante en el año 2016 devengada por concepto de sueldo básico mensual la suma de \$3.641.927 pesos siendo beneficiaria del régimen anualizado de cesantías	Documental: comprobante pago de salario expedido por la Secretaría de Educación (fl.18).
7. Que accionante presta sus servicios como docente desde el 2 de junio de 1980.	Documental: Extraído resolución No 0498 del 4 de febrero del 2019 (fl 13 – 14)

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 **30 de octubre del 2018**, la señora **Empera Forero Castellón** elevó la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales, prestación reconocida el día **4 de febrero del 2019** mediante la Resolución No. **0498**, las cuales fueron pagadas el **4 de abril del 2019**.

En vista de lo anterior, la entidad contaba únicamente con quince (15) días hábiles para expedir la resolución que reconociera las cesantías parciales de la demandante, los cuales vencieron el **22 de noviembre del 2018** existiendo mora de la accionada para proferir el acto administrativo dentro del tiempo previsto en la ley, habiéndolo hecho luego de **3 meses y 4 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:

<i>Solicitud cesantías parciales</i>	<i>30 de octubre del 2018</i>
<i>Término para expedir la resolución (15 días hábiles)</i>	<i>Desde el 31 de octubre del 2018 hasta el 22 de noviembre del 2018</i>
<i>Término ejecutorio de la resolución (10 días hábiles. Art. 76 del CPACA)</i>	<i>Desde el 23 de noviembre del 2018 hasta el 6 de diciembre del 2018</i>
<i>Término para efectuar el pago. (45 días hábiles).</i>	<i>Desde el 7 de diciembre del 2018 hasta el 12 de febrero del 2019</i>
<i>Fecha acto administrativo res No 0498</i>	<i>4 de febrero del 2019</i>
<i>Fecha de pago</i>	<i>4 de abril del 2019</i>
<i>Tiempo de mora: 50 días.</i>	<i>Desde el 13 de febrero del 2019 hasta el 3 de abril del 2019</i>

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 **13 de febrero del 2019**, día siguiente al vencimiento del plazo de ley para proceder al pago de la cesantía solicitada y hasta el **3 de abril del 2019** día anterior a la fecha del pago, contravinieron la obligación prevista en el ordenamiento jurídico, lo cual equivale a una mora de **50 días**.

En consecuencia, lo adeudado se liquidará así:

Asignación básica año 2019: \$3.641.927

Salario diario 2019: \$121.397.56

Días de mora: 50

Sanción moratoria: \$121.398x50 = **\$6.069.900**

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 **50 días** de salario, es decir **\$6.069.900 pesos** de conformidad con lo antes expuesto.

8. 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 el término legal para cancelar oportunamente las cesantías parciales a la demandante expiró el **12 de febrero del 2019**, por lo tanto, la obligación se hizo exigible a partir del día siguiente **13 de febrero del 2019** y la presentación de la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las mismas que interrumpió la prescripción fue el **21 de mayo del 2019** sin que hubiese transcurrido más de tres (3) años, término legal concedido para la prescripción de los derechos laborales.

9. Indexación

En cuanto a la indexación solicitada por el apoderado de la parte actora la misma será negada en los términos expuestos 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”.

10. 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.

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 4% de las condenas impuestas.

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 **21 de mayo del 2019**.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo negativo ficto o presunto producto del silencio administrativo de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio respecto de la petición de fecha **21 de mayo del 2019** radicado No **SAC 2019 PQR 13185**, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 del 2006, a la docente señora **Empera Forero Castrellón**.

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 **Empera Forero Castrellón** identificada con la cedula de ciudadanía No 28.739.032, un día de salario por cada día de retardo en el pago de la cesantía parcial solicitada, contado desde el **13 de febrero del 2019** hasta el **3 de abril del 2019**, es decir **50** días, lo que equivale a **\$6.069.900** pesos.

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 4% de las condenas impuestas 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 Líquidense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

DECIMO: 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 10 ADMINISTRATIVO IBAGUE

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

Código de verificación:

35865459a0d76cfe70887a5d6f047db3cba1d3517ce510941dd257cf87300f90

Documento generado en 01/12/2020 01:46:09 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>