



## Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, nueve (9) de diciembre del dos mil veinte (2020)

**Radicado:** 73001 33 33 010 2020 00008 00  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Demandante:** FRANCISCO ANTONIO FAJARDO MERCHÁN  
**Demandado:** NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.  
**Asunto:** sanción moratoria cesantías  
**Sentencia:** 00086

### 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 el señor **FRANCISCO ANTONIO FAJARDO MERCHÁN** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

### I. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la existencia del acto administrativo ficto o presunto configurado el **22 de julio del 2019** producto del silencio de la entidad accionada frente a la petición radicada el **22 de abril del 2019** 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 definitivas al señor **Francisco Antonio Fajardo Merchán**

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 **22 de abril del 2019** radicado **SAC 2019 PQR 10492** 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 definitivas al señor **Francisco Antonio Fajardo Merchán**.

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, a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles causados desde el momento que se radicó la solicitud

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 1071 del 2006.

1.5 Se ordene a la entidad demandada a que dé cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 192 y 195 de la ley 1437 del 2011.

1.6 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.

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 el señor **Francisco Antonio Fajardo Merchán** el **7 de julio del 2018** solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía definitiva a las que tenía derecho en calidad de docente de vinculación nacionalizado situado fiscal, perteneciente al régimen retroactivo de cesantías según consta en el radicado No 2018 CES 602072.

2.2 Que con resolución No. **6211** del **14 de septiembre del 2018** le fue reconocido el auxilio solicitado.

2.3 Que el pago de la cesantía definitiva se efectuó el **12 de diciembre del 2018**

2.4 Que la accionante a través de apoderado, el **22 de abril 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 Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio<sup>1</sup>

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 teniendo en cuenta que 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.

---

<sup>1</sup> Folio 47 al 51 cuaderno principal

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 propuesta, 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<sup>2</sup>**

El apoderado de la parte demandante en su escrito de alegaciones finales expuso que el FOMAG ha menoscabado las disposiciones que regulan materia, incurriendo en mora injustificada en el pago de la prestación a los docentes, contrario a los demás servidores del estado a los cuales se les cancela las cesantías dentro de los 30 días siguientes a su solicitud, a sabiendas que son emolumentos salariales del empleado, aunque sean retenidos por el empleador.

Que la jurisprudencia ha señalado que entre el reconocimiento y pago de la prestación no debe superar los 70 días hábiles después de haberse radicado solicitud y el Fomag cancela los valores por fuera de los términos establecido en la ley respecto de dicha prestación, lo que genera una sanción de un día de salario por cada día en el retardo en el pago de la misma.

Que el Consejo de Estado en diferentes pronunciamientos ha señalado que la sanción moratoria es una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador establecida con el objeto de resarcir los daños ocasionados a causa del incumplimiento en el pago de la cesantía y se debe tener en cuenta el ultimo pronunciamiento de la Honorable corte constitucional sentencia SU-336 del 2017 en la cual deja en claro que los docentes tienen derecho a que se les reconozca y pague la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, por lo tanto, solicitó se atiende en forma favorable las pretensiones.

---

<sup>2</sup>Expediente digital. memorial de fecha 29 de octubre del 2020.

#### 4.1. Parte demandada<sup>3</sup>

El apoderado 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

---

<sup>3</sup> Expediente digital memorial de fecha 28 de octubre del 2020

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 en el fondo principal de la controversia en el proceso el despacho se pronunciará de oficio sobre la aplicación del parágrafo primero del artículo 57 de la ley 1955 de 2019 mencionado por la apoderada de la accionada en la contestación de la demanda.

Respecto de la aplicación de la ley 1955 de 2019<sup>4</sup>, es menester recordarle a la honorable apoderada judicial del Ministerio de educación - FOMAG que el ámbito de aplicación de la ley es hacia el futuro, una vez haya sido divulgada en el diario oficial<sup>5</sup> y no hacia el pasado, salvo cuando el legislador así lo disponga expresamente.

Así mismo en interpretación de lo señalado en el parágrafo transitorio<sup>6</sup> del artículo 57 de la citada ley, es claro que el Gobierno nacional en forma previsoramente señaló un periodo de transición, **hasta diciembre del 2019**, necesario para que las entidades de educación territorial se ajustaran a las disposiciones y a los términos de expedición de resoluciones de reconocimiento de las cesantías, establecieran partidas presupuestales para cubrir los posibles pagos por condenas moratorias y también un límite en la responsabilidad del FOMAG en el pago de moratoria de cesantías.

Que la ley 1955 de 2019 fue divulgada en el diario oficial No 50.964 del sábado 25 de mayo de 2019, con vigencia a partir de ese mismo día y en consecuencia, no es aplicable al caso bajo estudio, pues la solicitud de reconocimiento de las cesantías se realizó el 7 de julio del 2018 y el plazo legal para su pago expiró el 18 de octubre del 2018, con anterioridad al plazo fijado por el gobierno nacional en el parágrafo transitorio del artículo 57 - diciembre del 2019 - estableciendo en el FOMAG la competencia para el pago de las sanciones moratorias causadas hasta esa fecha y para que los entes territoriales expidan el acto administrativo de reconocimiento de la prestación económica dentro de los términos legales señalados, y si así no lo hicieran, asuman la responsabilidad y las consecuencias económicas por su actuar negligente y moroso.

---

<sup>4</sup> Ley 1955 de 2019 **Artículo 57. Eficiencia en la Administración de los Recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.** Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**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.

<sup>5</sup> DIARIO OFICIAL. Año CLV No. 51.120. 28, AGOSTO, 2019. PAG. 1. FE DE ERRATAS En el Diario Oficial 50.964 del sábado 25 de mayo de 2019 se publicó la Ley 1955 de 2019, “Por el (sic) cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, que por error de transcripción se presentan yerros tipográficos en la publicación “Plan Plurianual de Inversiones 2018-2022”, de la Ley 1955 de 2019.

De acuerdo con lo anterior y con base en el artículo 45 de la Ley 4° de 1913, se procede a publicar el “Plan Plurianual de Inversiones 2018-2022”, de la Ley 1955 de 2019, en el Diario Oficial 51.120 de lunes 28 de octubre de 2019, aclarando que conserva la fecha de divulgación del Diario Oficial 50.964 del sábado 25 de mayo de 2019.

<sup>6</sup> Parágrafo transitorio. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

## 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

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

## 6. Problema Jurídico

Como se indicó anteriormente, la litis planteada por las partes se concreta en establecer: ¿La accionada debe pagar al 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 reciente 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 legislador<sup>7</sup>, evidenciamos que, en materia de cesantías para el personal docente, podemos encontrar **docentes con régimen de**

<sup>7</sup> “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.

**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 Estado<sup>8</sup> 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<sup>9</sup>.

La Corte Constitucional<sup>10</sup> 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,<sup>11</sup> 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 ley<sup>12</sup> 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

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1º. 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. “

<sup>8</sup> 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).

<sup>9</sup> Tribunal Administrativo del Tolima. M.P.: Dr. José Aleth Ruiz Castro. Sent. 04/04/2019. Rad. 73001-23-33-006-2018-00163-00

<sup>10</sup> Sentencia C-486 de 2016

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala Plena Sección Segunda – sentencia de unificación por importancia jurídica. 18 de julio de 2018. Rad. SU-012-S2.

<sup>12</sup> Artículos 68 y 69 CPACA.

*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 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 2018<sup>13</sup>, 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 2016<sup>132</sup>, 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**<sup>134</sup> 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 extiende 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 1990<sup>135</sup>, para los servidores públicos del nivel territorial afiliados a fondos administradores privados y que se vinculen a partir del 31 de diciembre de 1996<sup>136</sup>.

(...)

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**

<sup>13</sup> 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)

**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

<b>HECHOS PROBADOS</b>	<b>MEDIO PROBATORIO</b>
1. Que el señor <b>Francisco Antonio Fajardo Merchán</b> mediante petición del 7 de julio del 2018 solicitó a la entidad accionada reconocimiento y pago de cesantías definitivas.	<b>Documental:</b> Extraído de la resolución No 6211 del 14 de septiembre 2018 (fl 20 - 21).
2. Que el 14 de septiembre 2018 se reconoció la cesantía definitiva al demandante.	<b>Documental:</b> Copia resolución 6211 del 14 de septiembre 2018 (fl 20 - 21).
3. Que el pago de las cesantías se efectuó el 12 de diciembre del 2018	<b>Documental:</b> Certificación del pago de cesantía de la Fiduprevisora (fl 22)
4. Que el 22 de julio del 2019 el actor solicitó a la demandada, el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.	<b>Documental:</b> Petición radicada No SAC 2019 PQR 10492 (fl 25 - 27)
5. Que la accionada guardó silencio.	
6. Que el accionante en el año 2018 devengada por concepto de sueldo básico mensual la suma de \$3.641.927 pesos siendo beneficiario del régimen retroactivo de cesantías	<b>Documental:</b> certificado de salarios expedido por la Secretaría de Educación (fl.24).
7. Que accionante prestó sus servicios como docente desde el 16 de agosto de 1979 hasta el 1 de abril del 2018	<b>Documental:</b> Extraído resolución No 6211 del 14 de septiembre 2018 (fl 20 - 21).

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 **7 de julio del 2018**, el señor **Francisco Antonio Fajardo Merchán** elevó la solicitud de reconocimiento de cesantías definitivas, prestación reconocida el día **14 de septiembre del 2018** mediante la Resolución No. **6211**, las cuales fueron pagadas el **12 de diciembre del 2018**.

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 **30 de julio del 2018** existiendo mora de la accionada para proferir el acto administrativo dentro del tiempo previsto en la ley, habiéndolo hecho luego de **2 meses y 7 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>7 de julio del 2018</i>
<i>Término para expedir la resolución (15 días hábiles)</i>	<i>Desde el 8 de julio del 2018 hasta el 30 de julio del 2018</i>
<i>Término ejecutorio de la resolución (10 días hábiles. Art. 76 del CPACA)</i>	<i>Desde el 31 de julio del 2018 hasta el 14 de agosto del 2018</i>
<i>Término para efectuar el pago. (45 días hábiles).</i>	<i>Desde el 15 de agosto del 2018 hasta el 18 de octubre del 2018</i>
<i>Fecha acto administrativo res No 6211</i>	<i>14 de septiembre del 2018</i>
<i>Fecha de pago</i>	<i>12 de diciembre del 2018</i>
<i>Tiempo de mora: 54 días.</i>	<i>Desde el 19 de octubre del 2018 hasta el 11 de diciembre del 2018</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 **19 de octubre del 2018**, día siguiente al vencimiento del plazo de ley para proceder al pago de la cesantía solicitada y hasta el **11 de diciembre del 2018** día anterior a la fecha del pago, contravinieron la obligación prevista en el ordenamiento jurídico, lo cual equivale a una mora de **54** días.

En consecuencia, lo adeudado se liquidará así:

Asignación básica año 2018: \$3.641.927

Salario diario 2018: \$121.397.56

Días de mora: 54

Sanción moratoria: \$121.398 x 54 = **\$6.555.492**

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 **54** días de salario, es decir **\$6.555.492 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 **30 de julio del 2018**, por lo tanto, la obligación se hizo exigible a partir del día siguiente **31 de julio del 2018** 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 **22 de abril 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 **22 de abril 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 **22 de abril del 2019** radicado No **SAC 2019 PQR 10492**, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 del 2006, al señor **Francisco Antonio Fajardo Merchán**.

**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 al señor **Francisco Antonio Fajardo Merchán** identificado con la cedula de ciudadanía No 5.872.589, un día de salario por cada día de retardo en el pago de la cesantía parcial solicitada, contado desde el **19 de octubre del 2018** hasta el **11 de diciembre del 2018**, es decir **54** días, lo que equivale a **\$6.555.492** 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:

**800b6bc4f11ea6c64be68ab9fbe479d9b8a757e4cef60a0fb09a9ef1b72f1338**

Documento generado en 09/12/2020 08:53:24 a.m.

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