



Rama Judicial

República de Colombia

Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito de Ibagué

Ibagué, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

TEMA: SANCIÓN MORATORIA DE CESANTÍAS DOCENTE

DEMANDANTE: GILBERTO PERALTA CRUZ

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

RADICADO: 73001-33 -33- 011-2019-00293-00

Como el proceso se ha rituado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que pueda invalidar lo actuado, procede el Despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda, dentro del presente medio de control presentado por el señor Gilberto Peralta Cruz, en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. ANTECEDENTES

1.1. La Demanda (Fols. 4 a 19¹)

1.1.1. Pretensiones (Fols. 7 y 8²)

Declaraciones:

1. Declarar LA EXISTENCIA del acto administrativo ficto o presunto configurado el 11 de marzo de 2019, frente a la petición radicada el 11 de diciembre de 2018 con relación al reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de las cesantías, toda vez que la misma no fue contestada por parte de la entidad demandada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

2. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado el 11 DE MARZO DE 2019, frente al radicado SAC: 2018PQR32178 del 11 de diciembre de 2018, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles

¹¹ Visto en el anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

²² Visto en el anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

causados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

3. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles causados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

Condenas:

1. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del 13 de agosto de 2015, día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles causados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma, es decir el día 27 de septiembre de 2016, día anterior a la fecha de pago extemporáneo.

2. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO 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 referida en el numeral anterior, de conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A., aplicando la fórmula 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 28 DE SEPTIEMBRE DE 2016, hasta la ejecutoria de la sentencia.

3. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que dé cumplimiento en lo que corresponda al fallo, en los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 del 2011 C.P.A.C.A.

4. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que dé cumplimiento al fallo, en los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 del 2011 C.P.A.C.A., esto es, una vez ejecutoriada la sentencia, se generan intereses, según lo dispuesto en los artículos en mención.

5. Condenar en costas a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

1.1.2. Hechos (Fols. 8 y 9³)

El apoderado judicial del demandante, puso de presente los siguientes hechos:

1. Que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio había sido creada por la Ley 91 de 1989, asignándosele dentro de sus funciones el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos oficiales.

³³ Visto en el anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

2. Que el señor Gilberto Peralta Cruz, era docente en una institución educativa pública del Departamento del Tolima, por lo que el 25 de abril de 2015 solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de sus cesantías, siendo esto reconocido mediante Resolución 3212 del 21 de junio de 2016 y pagada el 28 de septiembre de 2016.

3. Refirió que las cesantías anteriormente referidas debieron haber sido pagadas al actor el 12 de agosto de 2015, contando la entidad con setenta (70) días para realizar el pago, por lo que al 28 de septiembre de 2016, se generaron 405 días de mora para cancelar las mismas.

4. Manifestó que el 11 de diciembre de 2018, solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, petición que fue negada a través de acto ficto, motivo por el cual se solicitó ante la Procuraduría General de la Nación audiencia de conciliación prejudicial para llegar a un acuerdo sobre ello, pero fue declarada fallida.

1.1.3. Normas violadas y concepto de la violación (Fols. 9 a 18⁴)

Manifiesta la parte actora que las disposiciones que fueron objeto de violación por parte de la entidad demandada fueron los artículos 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989, los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, el Decreto 2831 de 2005 y los artículos 187, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

Resaltó que el pago de las cesantías de los docentes que estaban afiliados al Fomag podía ser reconocido en instancia judicial, toda vez que las entidades a quienes les corresponde su reconocimiento no han cumplido con las disposiciones normativas al respecto, generándose la mora en el pago de la prestación, lo que conllevó a que se dictaran normas que regularan el asunto, estableciéndose unos plazos para el reconocimiento de esta, fijándose como plazo máximo 70 días hábiles para tal pago. Esto con el fin de proteger los derechos del trabajador.

Adicionalmente, hizo alusión a que la entidad demandada desconoció el plazo que tiene para pagar las cesantías tanto definitivas como parciales, el cual, una vez superado, se generaba la sanción por mora en el pago consistente en un (1) día de salario del docente por cada día de retardo después de los 70 días hábiles posteriores a la radicación de la solicitud y hasta cuando se efectúe el pago, sanción que resarcía los daños que le fueron causados al demandante.

Relacionó la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha sido expedida con relación al asunto que ocupa, como era la sentencia de unificación del 27 de marzo de 2007, radicado 2777-2007 con ponencia del Consejero Jesús María Lemos Bustamante; sentencia del 10 de julio de 2014, radicado 17001-23-33-000-2012-00080-01 (2099-13), consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero; sentencia del 08 de abril de de 2008, radicado 73001-23-31-000-2004-01302-02 (1872-07) con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve; sentencia del 30 de julio de 2009, radicado 73001-23-31-000-2001-00006-01, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila; sentencia del 28 de enero de 2010, radicado 2266-08, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve; sentencia del 07 de diciembre de 2000, radicado 2020-00, Consejero Ponente Alberto Arango

⁴ Visto en el anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

Mantilla y sentencia del 12 de diciembre de 2022, radicado 1604-01, Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante; sentencia del 02 de octubre de 2008, expediente 1998-760, consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez, la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018 y la sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno 1728-2018 con ponencia del consejero William Hernández Gómez.

1.2. Contestación de la demanda por la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁵

Dentro del término procesal oportuno, la apoderada de la entidad demandada contestó la demanda del proceso de la referencia, pronunciándose, en primer lugar, frente a los hechos planteados y precisando que no era cierto el hecho sexto, por lo que lo manifestado en este debía ser probado por la demandante, y que no le constaba el hecho séptimo.

Frente a las pretensiones, advirtió que se oponía a las mismas, lo cual dependería de las pruebas y lo que fuere probado en el proceso.

Sostuvo que los términos para cada una de las etapas del reconocimiento y pago de cesantías puede no cumplirse debido a problemas operativos que se generen en las entidades territoriales, así como por diversas situaciones que se pueden presentar durante el trámite, a lo que se sumaba que no podía hacerse un pago por parte de la entidad sin que se acate el respectivo turno y sin que cuente con disponibilidad presupuestal, máxime cuando el tiempo para efectuar el pago era tan corto.

Finalmente, mencionó que, con la expedición de la Ley 1955 de 2019, se debe determinar la situación que ocasionó la mora, no pudiéndose ordenar pagos por cargo a recursos del Fomag, por lo que pidió que fueran negadas las pretensiones incoadas y que se estableciera la responsabilidad del ente territorial de en la mora que se reclama.

Excepciones de mérito propuestas (Fols. 2 y 3⁶)

(i) Imprudencia de la indexación de las condenas: Adujo que la entidad que representaba había efectuado el pago de la obligación a su cargo oportunamente, por lo que esto generaba que se extinguieran las obligaciones accesorias, no adeudándose suma alguna por parte de aquélla, ni habiendo lugar a corrección o valorización monetaria, y arguyó que en los casos de sanción mora no era procedente la indexación de esta.

(ii) Compensación: Propuso esta excepción respecto de las sumas de dinero que fueren probadas en el proceso a favor del actor y que hubieren sido canceladas por la entidad.

(iii) Condena en costas: Expuso que, con relación a estas, el administrador judicial debía realizar valoración de la conducta que tuvieran las partes del proceso, y solicitó que se abstuviera de condenarse en costas a la entidad.

⁵ Visto en el anexo 4 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

⁶ Visto en el anexo 4 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

(iv) **Excepción genérica:** Pidió que se reconociera de manera oficiosa las excepciones previas que resultaren probadas en el trámite del proceso.

1.3. Pronunciamiento frente a las excepciones propuestas

En el término de traslado, la parte demandante no se pronunció sobre las excepciones propuestas por la entidad accionada, según se indicó en constancia secretarial de fecha 22 de enero de 2021, vista en el anexo No. 07 del cuaderno principal del expediente digital.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda del asunto de la referencia fue presentada el 25 de septiembre de 2019 ante la Oficina de Reparto⁷, correspondiendo su conocimiento a este Juzgado. La misma fue admitida a través de auto del 23 de enero de 2020, donde se dispuso que se notificara de la misma a la entidad demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁸.

Posteriormente, por medio de auto calendado del 3 de febrero de 2022⁹, por cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 182A del C.P.A.C.A., se determinó que se procedería a dictar sentencia anticipada, se tuvieron como pruebas los documentos que fueron aportados por la parte demandante con la demanda, y por la accionada con la contestación de la demanda, imprimiéndoseles el valor que correspondiera, se fijó el litigio del asunto, y se dispuso, por último, correr traslado a las partes para que rindieran sus alegatos finales por escrito y el Ministerio Público rindiera concepto si a bien lo tenía.

El expediente ingresó al despacho para sentencia el día 10 de marzo de 2022, tal como obra en la constancia secretarial de la misma fecha¹⁰.

2.2. Alegatos de conclusión

Las partes presentaron sus alegatos de conclusión, en los siguientes términos:

2.2.1. Parte demandante¹¹

El apoderado del demandante puso de presente que el pago de las cesantías de los docentes que estaban afiliados al Fomag no estaba siendo acorde a las normas que sobre ello se han expedido, lo que ha llevado a que este incurra en mora injustificada en el pago de las mismas.

Hizo mención a la finalidad de las cesantías, tanto parciales y definitivas, así como cuándo eran reconocidas, regulándose el procedimiento de su reconocimiento a través de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, esta última

⁷ Visto a Fl. 3 del anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

⁸ Visto a Fls. 63 a 65 del anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

⁹ Visto en el anexo 10 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

¹⁰ Vista en el anexo No. 19 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

¹¹ Visto en el anexo 14 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

estableciendo los términos del trámite, y reiteró la normatividad y jurisprudencia relacionada en el escrito de la demanda.

Concluyó afirmando que la entidad demandada había incurrido en el pago tardío e injustificado de las cesantías del actor, configurándose los supuestos de hecho y de derecho para reconocerse el pago de la sanción por mora y pidió que se concediera el *petitum* elevado.

2.2.2. Parte demandada Nación Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹²

La apoderada de la entidad, al rendir sus alegatos de conclusión, aclaró que el reconocimiento de prestaciones sociales de tipo económico por parte del Fomag, contaba con un procedimiento especial para los docentes nacionales que estuvieran afiliados a él, definiendo los términos para ello, en donde intervenían las secretarías de educación de las entidades territoriales y la Fiduprevisora S.A., en calidad de vocera y administradora del referido Fondo.

Advirtió que los pagos de las cesantías que se reconocían estaban sujetos a turno y disponibilidad presupuestal, lo cual no significaba el desconocimiento de la jurisprudencia dictada frente a la sanción por mora.

Arguyó que las secretarías de educación de los entes territoriales tenían a su cargo la expedición del acto administrativo de reconocimiento de la prestación solicitada por los docentes, por lo que también debía revisarse la conducta de estas y no solo de la entidad que pagaba, o del Ministerio de Educación Nacional – Fomag, siendo importante establecerse cuándo se remite a la Fiduprevisora S.A. tal acto, para así determinarse el momento en que se generó la mora en el pago de la prestación, y advirtió que el Fomag no contaba con una partida presupuestal o dinero para asumir condenas que se le impongan de sanciones por mora.

Por otro lado, destacó que, en el presente asunto, había operado el fenómeno de la prescripción, en razón a que a partir del 12 de agosto de 2015, el actor tenía tres años para solicitar la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, término que fenecía el 12 de agosto de 2018, no obstante, tal petición se elevó solo hasta el 11 de diciembre de 2018, no interrumpiéndose la prescripción, motivo por el cual no había lugar a acceder a la sanción moratoria deprecada, estándose bajo el escenario de un cobro de lo no debido.

Finalmente, pidió que no se condenará en costas a la entidad, en tanto que esta había actuado acatando lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, debiendo considerarse la su buena fe en las actuaciones procesales, y reiteró la improcedencia de la indexación en los casos de sanciones por mora.

2.3. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no intervino dentro del asunto que ocupa.

¹² Visto en el anexo 16 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

2.4. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no presentó concepto dentro del proceso de la referencia.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

¿Hay lugar a declarar la existencia del acto administrativo ficto o presunto negativo configurado el 11 de marzo de 2019, emitido por la entidad demandada, originado en petición radicada el 11 de diciembre de 2018, así como declarar la nulidad de este, en tanto que negó el reconocimiento y pago al demandante de la sanción por mora con ocasión al pago tardío de sus cesantías definitivas y, si como consecuencia de ello, le asiste derecho al reconocimiento y pago de la referida prestación, contenida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006?

3.2. Tesis

El demandante, quien laboró como docente al servicio del departamento del Tolima, tiene derecho parcialmente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, por cuanto la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incurrió en mora en el pago de sus cesantías definitivas, y en virtud a que operó el fenómeno de prescripción.

Asimismo, se generó acto ficto o presunto de carácter negativo por no dar respuesta a la petición presentada por el demandante, acto del cual se declarará su nulidad.

3.3. Marco Jurídico de la sanción por mora en el pago de las cesantías a los servidores públicos

La sanción moratoria prevista en los artículos 1 y 2 de Ley 244 de 1995, tiene como propósito resarcir los daños que se causan al trabajador, ante el incumplimiento en que incurre la entidad empleadora en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía.

Es así como dicha normatividad estableció unos términos perentorios para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, sancionando con un (1) día de salario por cada día de retardo en que se incurra para el pago de las mismas.

Según el Consejo de Estado, el espíritu de la Ley 244 de 1995 es:

“(...) proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías. En tal sentido, se puede afirmar que constituye una garantía del derecho al pago oportuno del

salario contenido en el inciso 3 del artículo 53 Constitucional, y es también desarrollo del Convenio 95 de la OIT que protege el salario y su pago oportuno”¹³.

La Ley 244 de 1995 fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, la cual, en su artículo 2º, precisó su ámbito de aplicación así:

*“Artículo 2. **Ámbito de aplicación.** Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro”.*

Es así, que son destinatarios de la indemnización todos los servidores públicos del Estado, con la salvedad establecida en el artículo 5 respecto al Fondo Nacional del Ahorro.

La ley 1071 de 2006, al igual que la ley 244 de 1995, estableció un término para el reconocimiento de la cesantía (art. 4º) y otro término para el pago oportuno de la misma (art. 5º), con la diferencia que aplica tanto para las cesantías definitivas como las parciales, así:

*“Artículo 4º. **Términos.** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley. (...)”.*

*“Artículo 5º. **Mora en el pago.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.”

Es decir, la entidad empleadora tiene el término de 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías, para emitir el acto administrativo de reconocimiento; a su vez, la entidad pública encargada de su pago, tiene el término de 45 días hábiles para el efecto.

3.4. Jurisprudencia sobre la procedencia de la sanción moratoria para los docentes

La Corte Constitucional, mediante la Sentencia de Unificación SU-336/17, señaló que la situación de los docentes oficiales permite asimilarlos como servidores públicos, y por otro lado destacó la finalidad de las cesantías como un derecho del cual es sujeto todo trabajador, sin distinción alguna, por lo que

¹³ Sentencia del 14 de diciembre de 2015, exp. No. 66001-23-33-000-2013-00189-01 (1498-2014), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

unificó su jurisprudencia, señalando que a los docentes les es aplicable el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, el cual contempla la posibilidad de reconocer en su favor la sanción por el pago tardío de las cesantías reconocidas, previo cumplimiento de los requisitos legales, en la medida que resulta ser la condición más beneficiosa y materializa los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, por las siguientes razones:

“(ii) En la exposición de motivos de la iniciativa legislativa de la Ley 1071 de 2006 se señaló que su ámbito de aplicación cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, así como a las entidades que prestan servicios públicos y de educación, es decir, involucra a todo el aparato del Estado no solo a nivel nacional sino territorial.

(iii) Al igual que los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se les reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, por lo que proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a la igualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las cesantías.

(iv) En tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies de servidores públicos, han de ser considerados como empleados públicos...”¹⁴

Por su parte, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación¹⁵, señaló 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 mora en el pago de las cesantías. Así mismo, sentó jurisprudencia para señalar, en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

“i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida 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.

ii) 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 cuando corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley 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. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia de unificación SU-336 de 2017, M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018

SUJ-012-S2, Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01, C. P. IBARRA VÉLEZ, SANDRA LISSET, Demandante: Jorge Luis Ospina Cardona, Demandados: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima, Asunto: Sentencia de unificación sanción moratoria por pago tardío de las cesantías – aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial.

notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

iii) Cuando se interpone 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”.

Además, dispuso 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.

Por otro lado, determinó que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

Sobre este aspecto es importante resaltar que, de conformidad con la sentencia del 30 de septiembre de 2021, con ponencia del dr. Rafael Francisco Suarez Vargas¹⁶, se precisó el alcance de la mencionada sentencia de unificación en cuanto a la indexación de la sanción:

“185. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.

[...]

*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. [Se destaca]”***

En consecuencia, la sanción moratoria no puede indexarse, pero ello no implica el ajuste de la eventual condena en los términos del artículo 187 C.P.A.C.A., razón por la cual el despacho recoge parcialmente el criterio anterior, pues no estaba dando aplicación a lo dispuesto en el artículo antes mencionado.

En este orden de ideas, en sentencia de la sección segunda del Consejo de Estado del 26 de agosto de 2019, C.P. William Hernández Gómez, Rad. No. 68001-23-33-000-2016-00406-01 (1728-2018), se indicó que:

“... Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse, b) Cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total si es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia - art. 187-y c) una vez queda ejecutoriada la condena

¹⁶ Rad. No 68001-23-33-000-2018-00071-01(4850-19).

no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA”.

Regresando al fallo de unificación, se expresó que el alcance de dicha sentencia era retrospectivo, y, por ende, aplicable de manera obligatoria los trámites pendientes de resolver en sede gubernativa y judicial.

Así las cosas, considera el Juzgado que, en aquellas hipótesis en que la administración no expide el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías o lo expide tardíamente, *“el término para que se genere la sanción moratoria debe iniciar a partir del momento en que se radica la solicitud de cesantías correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006”*¹⁷.

Por último, se tiene la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Expediente 08001 23 33 000 2013 00666 01, del 06 de agosto de 2020, donde la Corporación se pronunció acerca del momento a partir del cual empieza a correr el término de prescripción de la indemnización moratoria. Señaló que, de conformidad con el artículo 151 del Código Sustantivo del Trabajo, la reclamación del empleado sobre un derecho o prestación deberá hacerse dentro de los tres años siguientes en que esta se causó o se hizo exigible.

3.4. Caso concreto

Revisada la documentación que obra en el expediente, se advierte que se encuentran probados los siguientes supuestos de hecho relevantes para la decisión a tomar:

1. Que mediante la Resolución No. 3212 de fecha 21 de junio de 2016, la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, en nombre y representación de la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva a favor del señor Gilberto Peralta Cruz, como resultado de la solicitud que elevó mediante el radicado 2016-CES-326465 del 25 de abril de 2015 (Fols. 24 y 25)¹⁸.
2. Que el 28 de septiembre de 2016, quedó a disposición del señor Gilberto Peralta Cruz la cesantía definitiva que había sido reconocida por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima a través de la Resolución No. 3212 de fecha 21 de junio de 2016 (Fol. 27)¹⁹.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018SUJ-012-S2, Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01, C. P. IBARRA VÉLEZ, SANDRA LISSET, Demandante: Jorge Luis Ospina Cardona, Demandados: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima, Asunto: Sentencia de unificación sanción moratoria por pago tardío de las cesantías – aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial.

¹⁸ Visto en el anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

¹⁹ *Ibidem*.

3. Que el actor laboró desde el 11 de febrero de 1976 al 29 de febrero de 2016 como Coordinador grado 14 en la Institución Educativa I.E.T. Lepanto – Sede Principal en el municipio de Murillo – Tolima, con nombramiento en propiedad, según constancia expedida por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima el 28 de junio de 2019 (Fol. 28)²⁰.

4. Que para el año 2016, el actor devengó una asignación básica correspondiente a la suma de \$3.120.336(Fol. 30)²¹.

5. Por medio de petición radicada con No. PQR32178 el 11 de diciembre de 2018, la parte demandante solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento del Tolima el reconocimiento y pago de la sanción por mora como consecuencia del pago tardío de sus cesantías definitivas (Fls. 31 a 34)²².

Dado que el demandante realizó la solicitud de reconocimiento de cesantías definitivas el día 25 de abril de 2015, la entidad debía emitir el acto administrativo de reconocimiento el día 19 de mayo de 2015, mientras que se observa haberlo hecho hasta el 21 de junio de 2016, incumpliendo el término de los 15 días que otorga la ley para tal fin.

Por consiguiente, si el pago de las cesantías se efectuó hasta el 28 de septiembre de 2016, y contabilizando el término de 70 días hábiles a partir de la solicitud de cesantías, incluyéndose el término de ejecutoria del acto de reconocimiento que culminó el 02 de junio de 2015, se establece que la entidad demandada incumplió los términos legales para el reconocimiento y pago de las cesantías, pues tenía hasta el 11 de agosto de 2015 para efectuar el pago.

Es decir, que, la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incurrió en mora en el pago de las cesantías definitivas reconocidas al demandante desde el 12 de agosto de 2015, día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, hasta el 27 de septiembre de 2016, día anterior a aquél en que se pusieron a disposición del demandante el valor correspondiente a las cesantías definitivas, transcurriendo entre uno y otro extremo, 413 días.

En este orden de ideas, tenemos que la asignación básica al momento de la causación de la mora²³ del actor, el año 2016, fue de \$3.120.336 el cual, al dividirlo en 30 días, da un salario diario de \$104.011,2.

Para una mejor ilustración de lo anteriormente indicado, se elabora el siguiente cuadro detallando las fechas mencionadas:

²⁰ *Ibidem.*

²¹ *Ibidem.*

²² *Ibidem.*

²³ El Consejo de Estado, dentro de la sentencia de Unificación, indicó 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.

| | |
|--|--------------------------|
| Fecha de radicación de la solicitud de cesantías definitivas | 25 de abril de 2015 |
| 15 días para proferir el acto administrativo | 19 de mayo de 2015 |
| 10 días de ejecutoria del acto administrativo | 02 de junio de 2015 |
| 45 días para efectuar el pago de las cesantías definitivas | 11 de agosto de 2015 |
| Fecha del pago de las cesantías definitivas | 28 de septiembre de 2016 |
| Fecha de inicio de la mora | 12 de agosto de 2015 |
| Fecha de cesación de la mora | 27 de septiembre de 2016 |
| Días de mora | 413 |

3.5 Prescripción

Respecto al tema, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 41 del Decreto 3135 del 26 de diciembre de 1968²⁴, que estipula:

“Artículo 41º.- 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” (Subraya la Sala).

A su turno el Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969²⁵, en su artículo 102, señala:

“Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

1.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual” (Se destaca por el Despacho).

Como se observa, el término de prescripción de tres años se debe contar desde que la obligación se hace exigible.

En consecuencia, dado que, en el presente asunto, la sanción moratoria se causó desde el **12 de agosto de 2015** y cesó el **27 de septiembre de 2016**, y como el demandante formuló su solicitud de pago de la sanción moratoria el **11 de diciembre de 2018**, está prescrita la sanción moratoria que se causó con anterioridad al 11 de diciembre de 2015 y solo tiene derecho a 292 días de mora.

Como contra argumento podría sostenerse que la obligación se hizo exigible desde el 12 de agosto de 2015 y que como se presentó la solicitud de

²⁴ “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.

²⁵ “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”.

reconocimiento de la sanción por mora el 11 de diciembre de 2018, transcurrieron mas de tres (3) años entre una y otra fecha y por ende se debería declarar probada la excepción de prescripción; sin embargo, no puede perderse de vista que la mencionada sanción no es de carácter instantaneo sino que se prolonga el tiempo, por lo tanto ante la duda en la interpretación de una norma, en aplicación del principio de favorabilidad (Art. 53 C.P.) debe escogerse la que beneficie al trabajador, que es el sujeto debil de la relación laboral.

Así las cosas, se declarará la existencia del acto administrativo ficto configurado como consecuencia de la petición elevada el 11 de diciembre de 2018, así como su nulidad parcial, acto por medio del cual se negó al señor Gilberto Peralta Cruz el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago extemporáneo de sus cesantías definitivas, y, en consecuencia, se condenará a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que pague al demandante la sanción moratoria de que trata la ley 1071 de 2006, a razón de un día de salario por cada día de retraso, liquidada sobre el salario diario, así:

| Vr. Salario/día | Fecha inicio mora | Fecha terminación mora | Valor mora |
|-----------------|-------------------------|--------------------------|--------------|
| \$104.011 | 11 de diciembre de 2015 | 27 de septiembre de 2016 | \$30.371.212 |

3.6. Con relación a la condena en costas

Teniendo en cuenta la sentencia del 16 de abril de 2015 de la sección primera del Consejo de Estado²⁶, en el cual se manifiesta que la condena en costas no es objetiva, y que, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A., que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre las costas al igual que deberá establecerse si es o no procedente dicha condena.

En este orden de ideas, el numeral 1º del artículo 365 C.G.P. establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Es así como el numeral 8º del artículo antes mencionado establece que habrá costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Por lo tanto, las agencias en derecho hacen parte de las costas, pero debe tenerse en cuenta que, de conformidad con los numerales 3º y 4º del artículo 366 C.G.P., las agencias serán fijadas por el Magistrado Sustanciador o el Juez y deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

Descendiendo al caso que nos ocupa, se observa que el apoderado de la parte demandante presentó demanda (Fols. 4 a 19 del anexo No. 1 del cuaderno principal del expediente digital) y alegatos de conclusión (Anexo No. 14 del cuaderno principal del expediente digital), causándose así agencias en derecho.

Por consiguiente, el despacho condenará en costas a la parte demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto resultó vencida en la presente instancia, fijando como

²⁶ C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala. Expediente No 25000 23 24 000 2012 00446 00.

agencias en derecho la suma de \$1.729.552 (Fol. 18 del anexo No. 1 del cuaderno principal del expediente digital) equivalente al 4% de las pretensiones concedidas, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Se ordenará que la Secretaría efectúe la correspondiente liquidación, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

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

RESUELVE:

PRIMERO. DECLÁRESE no probadas las excepciones de Compensación y Condena en costas, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. DECLARASE probada la excepción de prescripción de la sanción moratoria causada con anterioridad al 11 de diciembre de 2015, en razón a las consideraciones indicadas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Declarar la existencia del acto ficto o presunto de carácter negativo configurado por la no respuesta a la petición presentada por el demandante el 11 de diciembre de 2015, ante la entidad demandada.

CUARTO. DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo del acto ficto o presunto de carácter negativo frente a la solicitud presentada por el actor el 11 de diciembre de 2018 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atendido a lo indicado en la parte considerativa de la presente providencia.

QUINTO. Como consecuencia de lo anterior, y a **título de restablecimiento del derecho, CONDENAR** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pagar al demandante la sanción moratoria de que trata la ley 1071 de 2006, a razón de un día de salario por cada día de retraso, liquidada como en cada caso de indica:

| Vr. Salario/día | Fecha inicio mora | Fecha terminación mora | Valor mora |
|-----------------|-------------------------|--------------------------|--------------|
| \$104.011 | 11 de diciembre de 2015 | 27 de septiembre de 2016 | \$30.371.212 |

SEXTO. La suma total que se cause por sanción por mora a la demandante será ajustada por la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en los términos del artículo 187 C.P.A.C.A., desde la fecha que cesa la mora hasta la ejecutoria de esta sentencia.

SÉPTIMO. ORDENAR dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

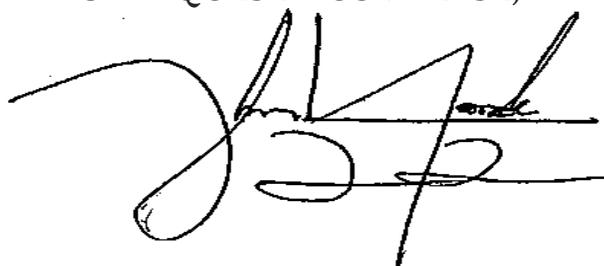
OCTAVO. CONDENAR en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y a favor de

la parte actora. Tásense tomando en cuenta como agencias en derecho la suma de \$1.729.552.

NOVENO. Reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada Yeinny Katherin Ceferino Vanegas, identificada con la cedula de ciudadanía número 1.014.263.207 de Bogotá D.C. y portadora de la tarjeta profesional número 290.472 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada sustituta de la entidad demandada.

DÉCIMO. Ejecutoriada esta providencia, liquídense las costas y archívese el proceso previas las anotaciones que sean del caso en el sistema Siglo XXI. Además, para su cumplimiento, por Secretaría expídanse copias auténticas con destino y a costa de la parte demandante, con las precisiones del artículo 114 del C.G.P. con fines de ejecución, previa acreditación del pago del arancel judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'John Libardo Andrade Flórez', written over a horizontal line.

**JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ
JUEZ**