



Juzgado Once Administrativo del Circuito de Ibagué

Ibagué (Tolima), treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

TEMA:	SANCIÓN MORATORIA DE CESANTÍAS DOCENTE
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	NOHORA INES LEYTON DE RODRIGUEZ
DEMANDADO:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICADO:	73-001-33-33-011-2019-00168-00

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 la señora Nohora Ines Leyton en contra de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda¹

1.1. Pretensiones²

Declaraciones:

PRIMERO: Que, se declare que frente a la petición allegada por intermedio de apoderado el 10 de octubre del 2018 con radicación número 2018PQR26345 ante los convocados No se dio contestación quedando agotada la actuación administrativa.

SEGUNDO: Que, como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad del acto administrativo negativo presunto que nace a la vida jurídica por la no respuesta al derecho de petición entregado por intermedio de apoderado el 10 de octubre de 2018 con radicación número 2018PQR26345.

TERCERO: Que, como consecuencia de lo anterior, se reconozca y se pague al demandante, el cumplimiento Consagrado en la ley 244 de 1995, Subrogado por la ley 1071 de 2006, por parte de la Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Tolima a partir del 16 de enero de 2017 hasta la fecha de su pago el 04 de mayo del 2017.

Condenas:

¹ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Folios 3 a 18.

² Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Folios 4 a 5.

PRIMERO: Se condene y se ordene el cumplimiento pago y liquidación a la demandante de la Sanción por no pago cumplido de las cesantías parciales de acuerdo a la Ley 244 de 1995, subrogada por la 1071 de 2006, correspondiente a un día de salario, a partir del 16/01/2017 hasta la fecha de su pago el 04/05/2017.

SEGUNDO: Ordenar el pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena artículos 192 y 195 de la ley 1437 de 2.011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Hechos³

PRIMERO: La demandante mediante solicitud radicado número 2016-CES-380836 de fecha 06-10-2016, requiere el pago de sus cesantías parciales con destino a compra de vivienda.

SEGUNDO: La demandante, advirtió que solo hasta el 21/03/2017 le profieren la resolución número 1612 y le hacen efectivo el pago de sus cesantías parciales después de lo ordenado en la norma, esto es hasta el 04/05/2017, inició mediante apoderado el 10-10-2018 con radicación número 2018PQR26345, reclamación de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago cumplido de las cesantías parciales, para que se cumpla la Ley 244 de 1995 subrogada por la ley 1071 de 2.006.

TERCERO: Sostiene la demandante que a la fecha de presentación de esta solicitud de conciliación (*sic*) los convocados no han dado respuesta al derecho de petición radicado por intermedio de apoderado el 10-10-2018 con radicación número 2018PQR26345, lo cual les permite concluir que nace a la vida jurídica un acto administrativo negativo presunto, negando el pago de la Sanción Moratoria por el no pago cumplido de las Cesantías Parciales.

CUARTO: Con el acto administrativo negativo presunto que nace por parte de los convocados, negando pagar la sanción por no pago cumplido de las cesantías parciales del poderdante establecida en la ley 244 de 1995 y subrogada por la Ley 1071 de 2006 queda agotada la actuación administrativa.

1.3. Normas violadas⁴

Se consideran por la parte demandante transgredidos, el preámbulo y los artículos, 2, 13, 23, 25 y 53 de la Constitución, la ley 244 de 1995, subrogada por la 1071 de 2006.

1.4 Concepto de la violación⁵

Sostiene que la entidad demandada, viene incurriendo en mora injustificada para el pago de las cesantías, contrario a lo que sucede con los demás servidores del estado, que al momento de solicitarlas se les reconoce dentro del término.

³ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Folio 4.

⁴ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Folio 5.

⁵ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Folios 5 a 16.

Desarrollan que teniendo en cuenta la situación desarrollada anteriormente, se expidieron las leyes 1071 de 2006 y la ley 244 de 1995, los cuales regulan el pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableciendo un término para el reconocimiento de las mismas, conformado por los 15 días contados a partir de la radicación de la solicitud y los siguientes 45 días para proceder al pago al servidor, una vez expedido el acto administrativo de reconocimiento.

Sin embargo, a pesar de que se estableció un término máximo para el pago de cesantías, los cuales no deben superarse los 70 días hábiles después de haber sido radicada la solicitud de cesantías, la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio han venido cancelando por fuera de los términos establecidos en la ley

Con fundamento en lo dispuesto en el art. 2º numeral 5 de la ley 91 de 1989 considera que el actor tiene la calidad de docente nacional o nacionalizado y la prestación fue reconocida con posterioridad a la vigencia de esa norma, razón por la cual la sanción moratoria petitionada, se encuentra a cargo de la entidad demandada, quien es la obligada a responder por esa situación irregular.

Expresa que según el artículo 1 y el párrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995⁶, la intención del legislador fue suministrar unos recursos, una vez el servidor quedara cesante, para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos al retirarse o perder su trabajo.

Que los artículos 4º y 5º de la ley 1071 de 2006 establecieron unos términos perentorios para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas, el cual ha sido burlado por la entidad accionada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los setenta (70) días hábiles después de haberse realizado la petición de la misma, evadiendo así la protección de los derechos del trabajador y, en consecuencia debiendo la Nación-Ministerio De Educación-Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio, asumir la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía, la cual es el medio para resarcir los daños causados al actor.

Finalmente, enuncia la sentencia de unificación del 27 de marzo de 2007, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, dentro del expediente radicado No. 2777-

⁶ **Ley 244 de 1995**, “*Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones*”.

ARTÍCULO 1o. <Artículo subrogado por el artículo 4o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 2o. <Artículo subrogado por el artículo 5o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

2007; SU 02513, la cual a su criterio constituye precedente jurisprudencial y debe acogerse plenamente, pues expresa:

“(…) Cuando la administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de las sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radica la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, en decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedirla resolución, mas cinco (5) días Hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedido con la salvedad a que alude el mismo precepto, mas cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causara la sanción moratoria.”

1.5 Contestaciones de la demanda

1.5.1 Nación – Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

En Silencio.⁷

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 17 de julio de 2019 y repartida a este Juzgado⁸. Fue admitida a través de auto del 16 de octubre de 2019⁹, en el cual se dispuso notificar personalmente a la entidad demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, así como también oficiar al Departamento del Tolima- Secretarias de Educación y cultura, quien profirió el acto administrativo que negó la petición de reconocimiento de la sanción moratoria.

El 14 de julio de 2020 por secretaria se dejó constancia de que el día 13 de julio de 2020, venció término de traslado común a las partes para contestar demanda proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía y presentar demanda de reconvención por el término de 30 días, en silencio¹⁰.

Mediante auto del 17 de enero de 2022, se incorporaron las pruebas documentales aportadas por las partes, se fijó el litigio y se dispuso correr traslado para presentar alegatos de conclusión¹¹.

Finalmente, el expediente ingresó al despacho para fallo el día 10 de marzo de 2022¹².

2.1. Alegatos de Conclusión

2.1.1. Parte demandante

⁷ Expediente digital – cuaderno principal – documento No.1- Folio 86

⁸ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Folio. 3.

⁹ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Folios. 39 – 40.

¹⁰ Expediente digital – cuaderno principal – documento No.01 –Folio 86

¹¹ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 06.

¹² Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 13.

En silencio.¹³

2.1.2. Parte Demandada-Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹⁴

Indican que las leyes 91 de 1989, 962 de 11005, así como el Decreto 2831 de 2005, establecen el procedimiento administrativo para el conocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas y parciales de los docente, en donde hay participación por parte de las entidades territoriales-Secretarías de Educación certificadas, las cuales son las que emiten el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas, y es la Fiduprevisora S.A, como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien realiza el pago de las cesantías reconocidas, pero este pago está condicionado a turno y disponibilidad presupuestal.

Consecuente con lo anterior es por ello que la Nación, Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se acoge al principio de legalidad del presupuesto y no desconoce los precedentes jurisprudenciales emitidos por el Consejo de Estado.

Seguidamente el apoderado de la parte demandada cita la Sentencia C-604/12, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la cual desarrolla los principios del presupuesto, y los tramites y procedimientos internos para efectuar el pago de una condena.

Por otro lado desarrollo que, frente al reconocimiento de la sanción por mora, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación CE- SUJ-SII-012-2018 proferida el 31 de enero de 2018, estableció que en el caso en que la administración resuelva la solicitud de cesantías parciales o definitivas de manera tardía o no lo haga, el termino para la sanción moratoria empezará a contarse a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo del reconocimiento, esto según el artículo 4 de la ley 1071 de 2006, 10 días del término de ejecutoria de la decisión según lo establecido en los artículos 76 y 87 de la ley 1437 de 2011 y 45 días hábiles a partir del día en que quedo en firme la resolución, por lo que al vencimiento de los 70 días hábiles descritos en precedencia, se causará la sanción por mora de la que trata el artículo 5 de la ley 1071 de 2006, siendo esto aplicable al caso de los demandantes.

Propusieron como argumento de defensa el denominado, “El término señalado como sanción moratoria es menor al que señala la parte demandante”, desarrollan que la entidad contaba con 70 días para realizar el pago de las cesantías, contados a partir del 6 de octubre de 2016, fecha en que el docente solicitó el reconocimiento de las cesantías y hasta el 19 de enero de 2017, momento en el que se cumplió el término de los 70 días. Es decir, la mora inició a causarse en el presente caso partir del 20 de enero de 2017. Por otro lado, indican que la puesta a disposición del dinero se realizó el 24 de abril de 2017, y no el 4 de mayo de 2017 como lo indica el demandante.

Teniendo en cuenta lo desarrollado anteriormente, precisan que la entidad demandada no presenta ningún retardo en el pago de las cesantías reconocidas al demandante.

¹³ Visto en el expediente digital – cuaderno principal – documento No. 13

¹⁴ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 10.

Solicitan que, si el despacho accede a las pretensiones de la demanda no condenen en costas a la entidad demandada, esto lo sustentan señalando un pronunciamiento del Consejo de Estado.

Finalmente indica al despacho que, respecto de las sumas que se reconozcan en favor de la parte demandante como sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, no podrá ordenarse el ajuste y/o indexación con base en el índice de precios al consumidor, como quiera que según lo señalado por el Consejo de Estado, en sentencia referida anteriormente, la sanción moratoria no tiene el alcance de un derecho laboral y, en consecuencia, “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.”

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

¿Se tipifico acto ficto o presunto, por la no contestación en termino por parte del Departamento del Tolima – Secretaria de educación y cultura, de la solicitud de reconocimiento de sanción mora interpuesta por la señora Nohora Leyton de Rodríguez, en caso de afirmativo si se encuentra afectado de nulidad y en consecuencia si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, de que trata la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006?

3.2. Tesis

Se tipifico acto ficto o presunto, por la no contestación por parte del departamento del Tolima – Secretaria de educación y cultura, de la solicitud de reconocimiento de sanción mora interpuesta por la señora Nohora Leyton de Rodríguez, teniendo en cuenta que transcurrieron mas de tres (3) meses sin obtener respuesta expresa, de conformidad con el artículo 83 C.P.A.C.A..

La demandante en calidad de docente vinculado al departamento del Tolima, tiene derecho 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 reconocimiento y pago de sus cesantías parciales.

3.3. Marco Jurídico que sustenta la aplicación 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 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”¹⁵.

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 petitionarios, 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

¹⁵ Sentencia del 14 de diciembre de 2015, exp. No. 66001-23-33-000-2013-00189-01 (1498-2014), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

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-336/17¹⁶, 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 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.¹⁷

Por su parte, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación¹⁸, 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.

¹⁶ M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia de unificación SU-336 de 2017, M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO.

¹⁸ 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.

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 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 en 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 Vargas¹⁹ 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 su criterio anterior, pues no estaba dando aplicación a lo dispuesto en el artículo antes mencionado.

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

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 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”²⁰.

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, 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.

3.5. La legitimación por pasivo material y la responsabilidad por el pago de la sanción moratoria

A fin de abordar el estudio de la legitimación en la causa material de la Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y dilucidar si está llamado a responder frente a las pretensiones de la demanda, considera el Juzgado que esta entidad debe responder exclusivamente por el pago de la sanción moratoria deprecada por el demandante como se sustentará a continuación.

La ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyos artículos 5 y 9 estipularon:

“Artículo 5º- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

²⁰ 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.

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado”

Artículo 9º.- 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.

La ley 962 de 2005, por medio de la cual se dictaron disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado, dispuso:

“Artículo 56. Racionalización de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”

Siguiendo esta línea, el Ministerio de Educación Nacional expidió el Decreto 2831 de 2005, reglamentario de la norma transcrita, en el cual se consagró el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del cual se deduce que la intervención de las entidades territoriales en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, es meramente instrumental, en el sentido que les corresponde (i) elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento a la sociedad fiduciaria; (ii) previa aprobación de ésta, suscribir el acto administrativo; y (iii) remitir el acto de reconocimiento con su constancia de ejecutoria a la Fiduciaria para su pago.

Por su parte, la Fiduciaria facultada para administrar los recursos del Fondo, es la encargada no sólo de realizar el pago de la prestación, también debe aprobar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento para que el mismo surta sus efectos.

Por las anteriores razones la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe responder por las pretensiones de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantías del demandante.

3.6. Caso concreto

En el presente asunto se encuentran probados los siguientes hechos:

- Fecha de solicitud de cesantía parcial, acto administrativo de reconocimiento de cesantía, y fecha de disposición de la cesantía:

Fecha solicitud cesantía parcial	Acto administrativo de reconocimiento cesantía	Fecha disposición cesantía
06 de octubre de 2016 ²¹	Res. 1612 del 21 de marzo de 2017 ²²	24 de abril de 2017 ²³

²¹ Parte considerativa de Resolución 1612 del 21 de marzo de 2017 – vista en folio 22 del documento No 1 del cuaderno principal del expediente digital.

²² Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Folios. 22 a 23.

²³ Copia de certificación expedida por la fiduprevisora visto en el folio 6 del documento No 10 del cuaderno principal del expediente digital.

- Que la demandante, mediante apoderado judicial, presentó derecho de petición el 10 de octubre de 2018, con radicado SAC:2018PQR26345, solicitando el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por día de retardo.²⁴ – *(Se encuentra probado a través de la petición visible a folios 25 – 28 del documento No. 01 del cuaderno principal del expediente digital.)*

Que la demandante para el periodo de 1º al 31 de octubre de 2016, devengaba una asignación básica equivalente a \$3,120,336.00 *(Se encuentra probado a través de la petición visible a folio 34 del documento No. 01 del cuaderno principal del expediente digital.)*

3.7. Análisis al caso concreto

Procede el Juzgado a determinar si en el caso objeto de estudio le reconocieron y pagaron las cesantías parciales al demandante, en el término establecido en la ley.

Dado que la demandante realizó la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales el día **06 de octubre de 2016**²⁵, la entidad debía emitir el acto administrativo de reconocimiento el día **28 de octubre de 2016**, mientras que se observa haberlo hecho, hasta el **21 de marzo de 2017**²⁶, incumpliendo el término de los 15 días que otorga la ley para tal fin. Con fundamento en esta premisa, es que la sanción moratoria debe **contabilizarse a partir de la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales**, y no a partir de la expedición del acto administrativo.

Por consiguiente, si el pago de las cesantías parciales se efectuó hasta el **24 de abril de 2017**²⁷ y contabilizando el término de 70 días hábiles a partir de la solicitud de cesantías (**06 de octubre de 2016**), se establece que la entidad demandada incumplió los términos legales para el reconocimiento y pago de las cesantías, pues tenía hasta el **19 de enero de 2017** para pagar.

Es decir, que la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incurrió en mora en el pago de las cesantías parciales reconocidas al demandante; **desde el 20 de enero de 2017**, día hábil siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, **hasta el 23 de abril de 2017**, día anterior a aquél en que se pusieron a disposición del demandante el valor correspondiente a las cesantías parciales, transcurriendo entre uno y otro extremo, **94 días**.

Si bien la sanción moratoria se empezó a causar en el año 2017, revisando el expediente, nos percatamos que solo se adjuntó un comprobante de pago expedido por la Gobernación del Tolima – Secretaria de educación Departamental del Tolima por el periodo de pago del 1 de oct de 2016 al 31 de oct de 2016²⁸, y por otro lado en la demanda, en la sección de “Discriminación de la cuantía”, el apoderado de la demandante liquidó la Sanción moratoria teniendo en cuenta el año 2016, por tales motivos se liquidara la sanción moratoria con la asignación básica correspondiente al año 2016, pues no hay documento que

²⁴ Visto en el expediente digital- carpeta principal-documento No1- Folios 25 a 28

²⁵ Parte considerativa de Resolución 1612 del 21 de marzo de 2017 – vista en folio 22 del documento No 1 del cuaderno principal del expediente digital

²⁶ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Folios. 22 a 23

²⁷ Certificación pago de Cesantías -Visto en el expediente digital- cuaderno principal- documento No 10-Folio

6

²⁸ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01- Folio 34

plasme cual era la asignación básica de la señora Nohora Ines Leyton de Rodríguez para el año 2017.

Por consiguiente, al dividirse la suma de \$3,120,336.00 en 30 días, da como resultado un salario diario de \$104.011,2 el cual se tomará para liquidar la indemnización moratoria causada.

3.8. Conclusión:

Así las cosas, se declarará la existencia y nulidad del acto ficto o presunto, frente a la petición interpuesta por el demandante el 10 de octubre de 2018 con número de radicación 2018PRQ26345, donde el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, y en consecuencia, se condenará a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que pague a la señora Nohora Ines Leyton de Rodríguez 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
\$104.011	20 de enero de 2017	23 de abril de 2017

La suma total que se cause por sanción por mora al demandante será ajustada por la Nación – Ministerio De Educación-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.

IV. CONDENA EN COSTAS

Teniendo en cuenta la sentencia del 16 de abril de 2015 de la sección primera del Consejo de Estado²⁹ 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 y que debe 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.

Teniendo en cuenta la argumentación antes efectuada y descendiendo al caso que nos ocupa se condenará al pago de las costas del proceso a la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que resultó vencida.

²⁹ C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala. Expediente No 25000 23 24 000 2012 00446 00.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el apoderado de la parte actora presentó demanda y alegatos de conclusión, se observa que se causaron 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 agencias en derecho la suma de \$449.327 equivalentes 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. DECLARAR la existencia del acto ficto o presunto, frente a la petición interpuesta por la demandante el 10 de octubre de 2018 con numero de radicación 2018PQR26345, donde la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, conforme a lo expuesto en la parte considerativa y **SE DECLARA** su nulidad, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la Nación – Ministerio De Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio a pagar a la demandante, Nohora Inés Leyton de Rodríguez, 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 se indica:

Vr. Salario/día	Fecha inicio mora	Fecha terminación mora
\$104.011	20 de enero de 2017	23 de abril de 2017

TERCERO. La suma total que se cause por sanción por mora a la demandante será ajustada por la Nación – Ministerio De Educación-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.

CUARTO. Una vez ejecutoriada esta sentencia la entidad antes mencionada pagará intereses en la forma establecida en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

QUINTO. 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 \$449.327.

SEXTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO. Reconózcase personería para actuar al DR. LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS como apoderado principal de la parte demandada, Nación-

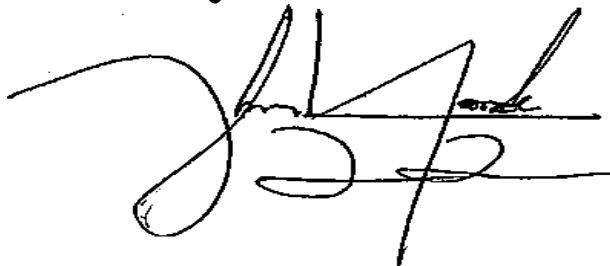
Ministerio de Educación– Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme al poder que obra en el documento No 12 del cuaderno principal.

OCTAVO. Reconózcase personería para actuar a la Dra. YEINNI KATHERIN CEFERINO VANEGAS identificada con la cédula de ciudadanía N° 1014263207 de Bogotá y portadora de la tarjeta profesional N° 290.472 expedida por el C. S. de la J, para que actúe como apoderada sustituta de la parte demandada, de conformidad con la sustitución que obra en el documento No 11 del cuaderno principal.

NOVENO. En firme esta sentencia, se hará entrega de copia íntegra al obligado para su ejecución y cumplimiento, de conformidad con el inciso final del artículo 203 del CPACA.

DECIMO. En firme este fallo expídanse copias con destino y a costa de la parte actora, previo pago del arancel judicial, con las precisiones del artículo 114 del C.G.P., liquídense las costas y archívese el expediente.

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