



Rama Judicial

República de Colombia

Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito de Ibagué

Ibagué, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

TEMA: SANCIÓN MORATORIA DOCENTE

DEMANDANTE: LUZ MARINA MARTÍNEZ HERNÁNDEZ

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

RADICADO: 73001-33 -40- 011-2019-00290-00

Procede el Juzgado a proferir la sentencia que en derecho corresponda, dentro del presente medio de control presentado por la señora Luz Marina Martínez Hernández, en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. ANTECEDENTES

1.1. La Demanda (Fols. 5 a 34, anexo 01, expediente digital)

1.1.1. Pretensiones (Fols. 11 a 13, anexo 01, expediente digital)

“DECLARACIONES:

1. Declarar LA EXISTENCIA del acto administrativo ficto o presunto configurado el 18 DE JUNIO DE 2019, frente a la petición radicada el 18 DE MARZO DE 2019 con relación al reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago del ajuste a 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 18 DE JUNIO DE 2019, frente al radicado SAC: 2019PQR7514 DEL 18 DE MARZO DE 2019, 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 Sesenta (60) 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.

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 Sesenta (60) 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.

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

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 05 DE DICIEMBRE DE 2018, día siguiente al vencimiento de los Sesenta (60) 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 16 DE ENERO DE 2019, 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 formula aceptada por el Consejo de Estado para ajustar su valor, esto es, cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total, es objeto de ajuste desde la fecha en que cesa . la mora, es decir a partir del 17 DE ENERO DE 2019, hasta la ejecutoria de la sentencia. 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.

3. 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.

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

1.1.2. Hechos (Fols. 13 a 14, anexo 01, expediente digital)

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

“(…)

3. Teniendo de presente estas circunstancias, mi representado(a), por laborar como docente en los servicios educativos estatales en el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, solicitó a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el día 06 DE

SEPTIEMBRE DE 2018, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

4. Por medio de la Resolución No. 7272 DE 26 DE OCTUBRE DE 2018, le fue reconocida el ajuste a la cesantía solicitada.

5. Esta cesantía fue pagada el día 17 DE ENERO DE 2019, por intermedio de entidad bancaria.

6. Al observarse con detenimiento, mi representado(a) solicitó la cesantía el día 06 DE SEPTIEMBRE DE 2018, fecha a partir de la cual la entidad contaba con setenta (70) días hábiles para efectuar el pago, no obstante revisada la notificación de la resolución N° 7272 DE 26 DE OCTUBRE DE 2018 se evidencia que LUZ MARINA MARTÍNEZ HERNÁNDEZ renunció a términos legales para interponer recursos frente al acto en mención, por lo tanto el término para contabilizar la mora sería desde el día sesenta (60), al obtener firmeza el día de la notificación, Dicho término venció el día 04 DE DICIEMBRE DE 2018, pese a lo cual la cancelación de la cesantía peticionada se llevó a cabo el día 17 DE ENERO DE 2019, transcurriendo así 42 días de mora desde el 05 DE DICIEMBRE DE 2018, momento en el cual debía haberse verificado el pago de la mencionada prestación y hasta el 16 DE ENERO DE 2019.

7. Luego de haber solicitado el reconocimiento y pago de la sanción moratoria indicada a la entidad que aquí se demanda, ésta resolvió negativamente por medio de acto ficto negativo la petición presentada el día, 18 DE MARZO DE 2019. Dicha circunstancia conllevó a que de conformidad con el procedimiento administrativo, se solicitara a la Procuraduría General de la Nación la fijación de audiencia de conciliación prejudicial a efectos de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda. Efectuada tal diligencia, habiendo sido declarada fallida y habilitado entonces para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, se procede a adelantar el presente Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.”

1.1.3. Normas violadas y concepto de la violación (Fols. 15 a 32, anexo 01, expediente digital)

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

Resaltó que a pesar de que la jurisprudencia ha establecido que la disposición normativa debe ser interpretada en el sentido que entre el reconocimiento y pago de la prestación en comento, no debe superarse los sesenta (60) días hábiles después de haber sido radicada la solicitud, la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ha venido cancelando por fuera de los términos establecidos en la Ley la prestación reclamada, circunstancia que genera una SANCIÓN a cargo de esta entidad equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los sesenta (60) 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.

1.2. Contestación de la demanda

1.2.1. Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹

La entidad demandada Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó contestación a la demanda, a través de la cual expresó que frente a las pretensiones no se encuentra probado el derecho.

Formuló como excepciones: i) *Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido*, por no haberse causado la sanción moratoria y/o esta no tiene sustento legal, ii) *Reconocimiento oficioso o genérica*.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda del asunto de la referencia fue presentada el 25 de septiembre de 2019 ante la Oficina de Reparto², correspondiendo su conocimiento a este Juzgado. La misma fue admitida a través de auto del 23 de enero de 2020, que dispuso que se notificara la misma a las entidades demandadas, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado³.

Posteriormente, por medio de auto calendado el 3 de febrero de 2022⁴, 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, imprimiéndoseles el valor que correspondiera, se fijó el litigio del asunto, disponiendo, 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 10 de marzo de 2022, tal como obra en la constancia secretarial de la misma fecha⁵.

2.2. Alegatos de conclusión

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

2.2.1. Parte demandada.

¹ Visto en el anexo 4 del cuaderno principal del expediente digital.

² Visto a Fl. 3 del anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

³ Visto a Fls. 84 y 85 del anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

⁴ Visto en el anexo 13 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

⁵ Vista en el anexo No. 18 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

La parte demandada se abstuvo de presentar alegatos.

2.2.2. Parte demandante

El apoderado de la demandante (Anexo 17, expediente digital), insistió en que, entre el reconocimiento y pago, no debe superar los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO cancela por fuera de los términos establecidos en la ley dicha prestación, lo que genera una SANCIÓN para la entidad, equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud, contado hasta cuando se efectúe el pago de estas cesantías.

En vista de ello, como quiera que la demandante elevó solicitud de pago de cesantías el 30 de septiembre de 2016 fecha a partir de la cual la entidad contaba con setenta (70) días hábiles para efectuar el pago, venciendo dicho término el 13 de enero de 2017, sin embargo, la cancelación de la cesantía peticionada se llevó a cabo el día 27 de marzo de 2017, transcurriendo 73 días de mora.

Expresó que el Consejo de Estado en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-0122018 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, fechada 18 de julio de 2018, radicado 73001-23-33-000-2014-0058001, No. Interno 4961-2015, Demandante Jorge Luis Ospina Cardona, contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima, afirma la aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial y propone unas reglas referentes a la exigibilidad de la sanción moratoria para docentes.

Por tal razón solicitó se acceda a las pretensiones, incluyendo el ajuste del valor a pagar por la sanción moratoria.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

¿Le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, de que trata la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, y, en consecuencia, si se encuentra afectado de nulidad el acto que negó tal derecho?

3.2. Tesis

La demandante, actuando en calidad de docente vinculada al municipio de Ibagué, no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por cuanto tal penalidad, por el pago tardío de las cesantías consagrada en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 no procede cuando se trate del pago inoportuno de una diferencia en la liquidación que debió pagarse, circunstancia que hace innecesario analizar el momento en que se produjo el pago de la diferencia o

saldo faltante frente a la liquidación inicial de las cesantías, por parte de la entidad demandada, advirtiendo que tal circunstancia no fue consagrada como hecho generador de la mencionada sanción.

3.3.1. Argumentos que sustentan la tesis propuesta por el Despacho.

3.3.1. 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”⁶.

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*

⁶ Sentencia del 14 de diciembre de 2015, exp. No. 66001-23-33-000-2013-00189-01 (1498-2014), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

“(…)”.

“Artículo 5°. 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.

3.3.2. 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 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...⁷

Por su parte, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación⁸, 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 petionario 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 petionario 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.

⁷ Corte Constitucional, sentencia de unificación SU-336 de 2017, M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO.

⁸ 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.

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 Vargas⁹ 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 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

⁹ Rad. No 68001-23-33-000-2018-00071-01(4850-19).

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 2006¹⁰.

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.

3.3.3. La legitimación por pasiva material y la responsabilidad por el pago de la sanción moratoria

A fin de abordar el estudio de la legitimación en la causa material y dilucidar si está llamado a responder frente a las pretensiones de la demanda, anticipa el Juzgado que es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la entidad que debe responder exclusivamente por el pago de la sanción moratoria deprecada, si hubiese lugar a ella.

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:

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

¹⁰ 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.

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, sin que sea dable endilgarle responsabilidad al Municipio de Ibagué, quien no será vinculado con la decisión de condena.

Por consiguiente, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva material frente al Municipio de Ibagué.

3.3.4. Improcedencia de imponer sanción moratoria en los casos de ajustes de cesantía.

Al respecto se pronunció el Consejo de Estado en un caso similar al que se estudia¹¹:

*Bajo dichos supuestos se tiene entonces que la indemnización moratoria que pretende la demandante no tiene como fundamento la tardanza en la consignación del auxilio de cesantías como tal, sino **de la diferencia de valor de las cesantías** que se generó como consecuencia de la reliquidación ordenada en una resolución posterior a aquella que reconoció la prestación. Ciertamente, la demandante al radicar su derecho al reconocimiento de la penalidad por mora lo fundamenta en que las cesantías definitivas reconocidas a través de la Resolución 2717-6 del 6 de abril de 2016 no se incluyó la prima de servicio y en esa medida las mismas fueron reconocidas y canceladas de manera incompleta.*

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, sentencia del 9 de septiembre de 2021, Radicación: 17001-23-33-000-2018-00185-01(3324-19), Actor: Nubia Henao Montes, Demandado: Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro, Referencia: sanción moratoria por reliquidación de cesantías definitivas.

Sin embargo, tal circunstancia no generó una infracción de la norma jurídica por parte de la entidad empleadora y, por lo tanto, no se genera la consecuencia jurídica que de ella se deriva, esto es, la sanción moratoria, toda vez que la inoportuna cancelación de una diferencia en la liquidación que debió pagarse, no se encuentra contemplado en los supuestos normativos y jurisprudenciales referidos en precedencia. En ese sentido, contrario a lo señalado por la recurrente, el hecho de que la administración haya liquidado un monto por cesantías definitivas y que luego este haya sido objeto de un reajuste, no conlleva a determinar que se configuró la penalidad deprecada solo por haberse realizado incompleto.

Al respecto, esta Corporación ha sostenido en reiteradas ocasiones¹² que la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías no procede cuando lo que sucede es la inoportuna cancelación de una diferencia en la liquidación que debió pagarse, entre las cuales ha de destacarse la sentencia del 4 de febrero de 2021, proferida dentro del expediente 17001-23-33-000-2018-00296-01(5622-19), que al resolver un tema con similares supuestos fácticos y jurídicos indicó:

«[...] Conforme a lo establecido y contrario a lo señalado por la parte actora en el escrito de impugnación, la sanción moratoria solo tiene lugar en el evento en que la administración no cumpla con la obligación de cancelar las cesantías dentro del plazo legal previsto por el legislador, que puede variar de acuerdo a la situación concreta de cada beneficiario, de manera que el hecho de que la administración haya liquidado un monto por cesantías definitivas que luego haya sido objeto de un reajuste, no conlleva a determinar que desde la fecha de la solicitud de reconocimiento de la prestación hasta el pago de la misma, no se hayan cumplido con los términos establecidos por la ley para tal efecto.

25. En ese sentido, no encuentra la Sala de recibo las pretensiones de la demandante fundadas en que la penalidad por mora se causó a su favor ante el supuesto pago incompleto de la prestación social, pues esta Corporación¹³ en varias oportunidades ha señalado, que una indebida liquidación de las cesantías por un pago que en sentir de la actora fue parcial, no implica que el empleador haya incurrido en el supuesto de la norma que lo penaliza con una sanción económica al no haber cancelado dentro de la oportunidad legal las cesantías definitivas, pues una cosa es efectuar la liquidación y cancelación de la prestación social de acuerdo a las directrices tomadas por la entidad demandada en su momento y, otra es, reconocer fuera del plazo determinado por el legislador la prestación aludida.[...]»

En ese sentido, se reitera que la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías consagrada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 no procede cuando se trate del pago inoportuno de una diferencia en la liquidación que debió pagarse, circunstancia que hace irrelevante analizar la oportunidad del momento en que se produjo el pago de la diferencia o saldo faltante frente a la liquidación inicial de las cesantías, por parte de la entidad demandada, pues ello no funge como hecho generador de la penalidad bajo estudio.

¹² Ver entre otras: sentencia de 17 de octubre de 2017, radicación 08001-23-33-000-2012-000171-01, número interno: 2839-14, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; sentencia de 9 de abril de 2014, radicación 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). M.P. Luis Rafael Vergara Quintero; sentencia de 8 de septiembre de 2017, radicación 08001-23-33-000-2014-00355-01. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; sentencia del 17 de septiembre de 2020, radicación 11001-03-25-000-2013-00890-00 (1921-2013), M.P. Rafael Francisco Suárez Vergara.

¹³ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, sentencia de 8 de septiembre de 2017, Rad. 2014-00355-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

En pocas palabras, por el reajuste de la liquidación de cesantías, después de haberse cancelado el monto de la liquidación inicial, no puede imponérsele a la administración una pena de mora, puesto que, además de no estar establecida en disposición legal alguna para los casos de ajuste, desborda la finalidad para la que fue creada: castigar el retraso en el pago.

3.6. 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:

Que mediante la Resolución No. 7272 de 26 de octubre de 2018, la Secretaría de Educación y Cultura 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 un ajuste de cesantía definitiva (\$5.186.680,00) que fuera reconocida a la señora Luz Marina Martínez Hernández, mediante la Resolución 1172 del 6 de marzo de 2017 (Fols. 39 a 40, anexo 01, expediente digital).

Que, a partir del 17 de enero de 2019, quedó a disposición de la actora, en el banco BBVA, el valor de \$5.186.680, reconocido mediante Resolución 7272 del 26 de octubre de 2018, como ajuste de cesantía definitiva (Fol. 42, anexo 01, expediente digital).

Que para el año 2016, la actora devengó una asignación básica correspondiente a \$6.461.479,00 (Fol. 44, anexo 01, expediente digital).

Por medio de petición radicada con No. 2019PQR7514 del 18 de marzo de 2019, la parte demandante solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la sanción por mora como consecuencia del pago tardío de sus cesantías definitivas, según solicitud elevada el 6 de septiembre de 2018, reconocida mediante Resolución 7272 del 26 de octubre de 2018 y cancelada el 17 de enero de 2019 (Fls. 46 a 50, anexo 01, expediente digital).

Para el caso concreto, es evidente que la demandante está reclamando la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío del valor liquidado mediante la 7272 del 26 de octubre de 2018, como ajuste a la cesantía que fuera reconocida mediante resolución 1172 del 6 de marzo de 2017, por no haberse liquidado lo correspondiente a la prima de servicios.

Al respecto es pertinente acotar que, conforme lo dicho por el Consejo de Estado en la jurisprudencia antes transcrita, la tardanza en el pago de la reliquidación alegada, no genera sanción moratoria, en razón a que se trata de una diferencia en la liquidación que debió pagarse, lo que no se encuentra contemplado en los supuestos normativos y jurisprudenciales que se han relacionado.

Se advierte que la sanción moratoria, solo procede cuando la administración incumple la obligación de pagar las cesantías dentro del plazo legal, por lo que su reajuste, no tiene la misma consecuencia, es decir que se hayan incumplido los términos desde la fecha de solicitud inicial de reconocimiento hasta su pago.

Por lo tanto, no prosperan las pretensiones de la parte actora, que ha sustentado el derecho a la sanción por mora, por el pago incompleto de la prestación social, ya que el Consejo de Estado ha indicado que la indebida liquidación de las cesantías por un pago que según la demandante fue parcial, no implica que la entidad pagadora haya incurrido en la tardanza que consagra la norma, en el pago de las cesantías definitivas.

Con base en lo anterior, resulta irrelevante analizar el momento en que se produjo el pago de la diferencia ajustada frente a la liquidación inicial, por parte de la demandada, ya que no se constituye como hecho generador de la penalidad.

Así las cosas, se declarará que no prosperan las pretensiones.

3.7. 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 Estado¹⁴ 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.

Descendiendo al caso que nos ocupa, se observa que la apoderada sustituta de la parte demandada contestó la demanda (Anexo 04, expediente digital), causándose así agencias en derecho.

Por consiguiente, el despacho condenará en costas a la parte demandante, en tanto resultó vencida en la presente instancia, fijando como agencias en derecho la suma de \$174.739, equivalente al 4% de las pretensiones (Fol. 34, anexo No. 1, expediente digital), de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

¹⁴ C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala. Expediente No 25000 23 24 000 2012 00446 00.

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,

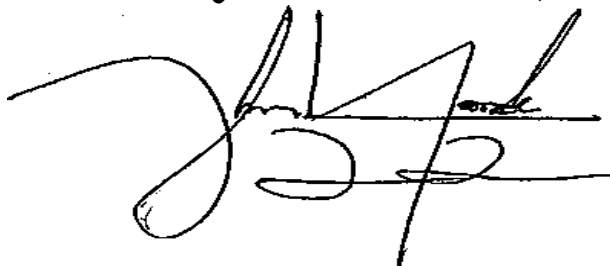
RESUELVE:

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. CONDENAR en costas a la parte demandante, y a favor de la parte demandada. Tásense tomando en cuenta como agencias en derecho la suma de \$174.739.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, liquídense las costas y archívese el proceso previas las anotaciones que sean del caso en el sistema Siglo XXI.

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