



Rama Judicial

República de Colombia

Juzgado Once Administrativo del Circuito de Ibagué

Ibagué (Tolima), ocho (8) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

TEMA:	SANCIÓN MORATORIA DE CESANTÍAS DOCENTE
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	ROSE MARY CARDENAS BARRIOS
DEMANDADO:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICADO:	73-001-33-33-011-2020-00084-00

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 Rose Mary Cárdenas Barrios en contra de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda¹

1.1. Pretensiones²

Declaraciones³

PRIMERO: Declarar la existencia del acto administrativo ficto o presunto configurado el 11 octubre de 2019, frente a la petición radicada el 11 de julio de 2019 con relación al reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de las cesantías, toda que la misma no fue contestada por parte de la entidad demandada Nación Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado el 11 octubre de 2019, frente al radicado SAC2019PQR003647 del 11 de julio de 2019 en cuanto negó el reconocimiento y pago de 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) hábiles causados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

TERCERO: Declarar que la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Magisterio, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la 1071 de

¹ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Folios 4 a 19.

² Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Folios 7 a 8.

³ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Folio 13.

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.

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO⁴:

PRIMERO: 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 la demandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del 06 de enero de 2019, día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles causados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía definitiva a la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma, es decir el día 1 de febrero de 2019, día anterior a la fecha de pago extemporáneo.

SEGUNDO: 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 conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A., aplicando la formula aceptada Consejo de Estado para ajustar su valor, esto es, cuando termina su causación consolida una suma total, ese valor total, es objeto de ajuste desde la fecha en que cesa la mora, es decir a partir del 18 de febrero de 2019, hasta la ejecutoria de la sentencia.

TERCERO: Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio a que dé cumplimiento en lo que corresponda en lo que, prestando al fallo, en los términos del artículo 192 de la ley 1437 del 2011 C.P.A.C.A

CUARTO: Condenar en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio.

Hechos⁵

PRIMERO: El artículo 3 de la ley 91 de 1989, creo el Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

SEGUNDO: De conformidad con el parágrafo 2° del artículo 15 de la ley 91 de 1989, se le asigno como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

TERCERO: Sostienen que a la demandante por laborar como docente en los servicios educativos estatales en el Departamento de Tolima, solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 24 de septiembre de 2018, el reconocimiento y pago de la cesantía que tenía derecho.

⁴ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Folios 7 a 8

⁵ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Folios 8 a 9

CUARTO: A la demandante Por medio de la Resolución No. 1053-0044026 del 02 de noviembre de 2018, le fue reconocida la cesantía solicitada.

QUINTO: A la señora Rose Mary Cárdenas le fue pagada su cesantía el día 18 de febrero de 2019.

SEXTO: Observaron que, la demandante solicitó la cesantía el día 24 de septiembre de 2018, fecha a partir de la cual la entidad contaba con setenta (70) días hábiles para efectuar el pago. Dicho término venció el día 05 de enero de 2019, pese a lo cual la cancelación de la cesantía peticionada se llevó a cabo el día 18 de febrero de 2019, transcurriendo así 42 días de mora desde el 06 de enero de 2019, momento en el cual debía haberse verificado el pago de la mencionada prestación y hasta el 17 de febrero.

SEPTIMO: Luego de haber solicitado el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a la entidad demandada, ésta resolvió negativamente por medio de acto ficto negativo la petición presentada el día, 11 de julio 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 a 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.

1.3. Normas violadas⁶

Se consideran por la parte demandante transgredidos, Los artículos 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989, artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, artículos 4 y 5 de la ley 1071 de 2006, Decreto 2831 de 2005.

1.4 Concepto de la violación⁷

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.

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

⁶ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Folio 09.

⁷ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Folios 09 a 17.

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 peticionada, 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 1995⁸, 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. 2777-2007; 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 radico 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

⁸ **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)

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 Contestación de la demanda

1.5.1 Nación – Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁹

En un primer momento se pronuncia acerca de los hechos plasmados en la demanda, en el cual frente a los hechos del primero al quinto expresa que son ciertos, y finalmente frente al hecho sexto considera que no es cierto y el séptimo hecho consideran que no les consta.

La apoderada de la entidad demandada expresa que se opone a las pretensiones de nulidad del acto atacado y de la condena por sanción moratoria, dependiendo del análisis probatorio y lo que resulte probado dentro del proceso.

Excepciones de mérito:

(i) Improcedencia de la indexación de las condenas:

Sostiene que la Nación-Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio pagó la obligación en tiempo oportuno, y ajustada a los preceptos legales vigentes al momento del reconocimiento de la prestación principal, y que el pago efectivo extingue cualquier obligación accesoria y que por otro lado, si le asistiera derecho del reconocimiento de la sanción mora, esta pretensión no es subsidiaria de la indexación de las condenas, esto lo sostienen teniendo en cuenta el precedente judicial y el artículo 187 del CPACA en su inciso final.

(ii) Compensación:

Solicitan la compensación de cualquier suma de dinero que resulte probada en el proceso a favor del demandante y que haya sido pagada por el demandado.

(iii) Condena en costas:

Solicitan que no se le condene en costas a la parte demandada si hubiere lugar a una sentencia condenatoria.

(iv) Excepción genérica:

Solicitan, que el juez ordene de oficio la práctica de las pruebas pertinentes, así como también declarar de oficio, las excepciones que aparezcan probadas.

Por otro lado, como argumentos de defensa expresó que si bien es cierto que la unificación jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, ha determinado que la sanción mora si es aplicable al pago de cesantías del Fomag, los problemas operativos en las entidades territoriales impiden el cumplimiento de los términos para proyectar las respectivas resoluciones que reconocen las prestaciones sociales de los educadores nacionales afiliados al Fomag.

⁹ Expediente digital-cuaderno principal-documento No. 06.

Por último, expresa que no se debe decretar el pago de la indemnización económica por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que se debe individualizar la situación que generó la mora reclamada por el docente.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 2 de marzo de 2020 y repartida a este Juzgado¹⁰, la cual fue admitida a través de auto del 14 de julio de 2020¹¹, en el cual se dispuso notificar personalmente a las entidades demandadas, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

El 27 de abril de 2021 por secretaria se dejó constancia de que el día 06 de abril de 2021, 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, con escrito de contestación por parte del Ministerio de Educación en término¹².

Mediante auto del 19 de mayo de 2022, se incorporaron las pruebas documentales aportadas por las partes, se fijó el litigio y se dispuso correr traslado para presentar alegatos de conclusión¹³.

Finalmente, el expediente ingresó al despacho para fallo el día 21 de julio de 2022¹⁴.

El 21 de julio de 2022, se dejó constancia que el día 8 de junio de 2022 venció el término que tenía las partes para presentar sus alegatos de conclusión, sin escrito de alegatos de conclusión y sin concepto de fondo por parte del ministerio público¹⁵.

2.1. Alegatos de Conclusión

2.1.1. Parte demandante¹⁶

En silencio.

2.1.2. Parte Demandada-Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹⁷

En silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

Se contrae a determinar: i) Si operó el silencio administrativo respecto a la

¹⁰ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Folio. 3.

¹¹ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Folios. 40 – 41.

¹² Expediente digital – cuaderno principal – documento No.09.

¹³ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 14.

¹⁴ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 17.

¹⁵ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 17.

¹⁶ Visto en constancia secretarial-expediente digital – cuaderno principal – documento No. 17.

¹⁷ Visto en constancia secretarial-expediente digital – cuaderno principal – documento No. 11.

petición radicada por la señora Rose Mary Cárdenas el 11 de julio de 2019 ante la demandada, **ii)** Si el acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo, se encuentra afectado de nulidad y **iii)** Si a la demandante le asiste derecho a que se le reconozca y pague la sanción moratoria de que trata la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006.

3.2. Tesis

Se accederá parcialmente a las pretensiones, ya que, como consecuencia del silencio administrativo negativo originado en la petición del 11 de julio de 2019, se dio lugar a la existencia de acto ficto o presunto en relación con dicho fenómeno, el cual, adolece de nulidad, en la medida que la negativa implícita infringe las normas jurídicas que orientan la controversia que nos convoca.

En este orden de ideas, Por configurarse los presupuestos legales, se condenará a La Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pagar a la señora Rose Mery Cardenas, la sanción moratoria que trata la ley 1071 de 2006, a razón de un día de salario por cada día de retraso, de **\$121.398** desde el 9 de enero al 17 de febrero de 2019.

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”¹⁸.

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”.*

¹⁸ Sentencia del 14 de diciembre de 2015, exp. No. 66001-23-33-000-2013-00189-01 (1498-2014), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

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-336/17¹⁹, 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.

¹⁹ M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO.

(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.²⁰

Por su parte, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación²¹, 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 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.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia de unificación SU-336 de 2017, M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO.

²¹ 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 Vargas²² 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.

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”²³.

²² Rad. No 68001-23-33-000-2018-00071-01(4850-19).

²³ 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.

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:

*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 de la demandante sin que sea viable endilgarle responsabilidad al ente territorial.

Finalmente y como contra argumento, podría sostenerse que el parágrafo del artículo 57 de la ley 1955 de 2019 establece que las entidades territoriales serán responsables por la sanción por mora que se genere en el envío de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; sin embargo, es necesario tener en cuenta que esta responsabilidad se genera frente a las sanciones causadas con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, 25 de mayo de 2019, fecha de publicación en el diario oficial No 50.964 de ésta.

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 definitiva	Acto administrativo de reconocimiento cesantía definitiva	Fecha disposición cesantía
Solicitud radicada SAC 2018PQR24371 del 24 de septiembre del 2018 ²⁴	Res. 1053 del 02 de noviembre de 2018 ²⁵	18 de febrero de 2019 ²⁶

- Que el demandante, mediante apoderado judicial, presentó derecho de petición el 11 de julio de 2019, con radicado 003647, 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. (*Se encuentra probado a través de la petición visible a folios 34 a 36 del documento No. 01 del cuaderno principal del expediente digital.*)

- Que la demandante para el periodo de 01 de enero al 31 de julio de 2018, devengaba una asignación básica equivalente a 3,641,927.00 (*Se encuentra probado a través de la petición visible a folio 31 del documento No. 01 del cuaderno principal del expediente digital.*)

3.7. Análisis al caso concreto

²⁴ Parte considerativa de Resolución 1053 del 02 de noviembre de 2018 – vista en folio 25 del documento No 1 del cuaderno principal del expediente digital.

²⁵ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Folios 25 a 27.

²⁶ Copia de certificación expedida por la fiduprevisora - visto en el folio 29 del documento No 1 del cuaderno principal del expediente digital.

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 definitivas, el día 24 de septiembre del 2018 con numero de radicación 2018-CES-644726 ²⁷, la entidad debía emitir el acto administrativo de reconocimiento el día **16 de octubre de 2018**, mientras que se observa haberlo hecho, hasta el **02 de noviembre de 2018**²⁸, 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 **18 de febrero de 2019**²⁹ y contabilizando el término de 70 días hábiles a partir de la solicitud de cesantías (**24 de septiembre de 2018**), se establece que la entidad demandada incumplió los términos legales para el reconocimiento y pago de las cesantías, pues tenía hasta el **8 de enero de 2019** 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 9 de enero de 2019**, día hábil siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, **hasta el 17 de febrero de 2019**, 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, **40 días**.

Teniendo en cuenta que, para el caso de las cesantías definitivas, se deberá tener presente la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servidor público, por ende se tomara la asignación básica correspondiente al año 2018, esto es: \$ 3.641.927 ³⁰.

Por consiguiente, al dividirse la suma de \$ 3.641.927 en 30 días, da como resultado un salario diario de \$121.398 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 11 de julio de 2019 con número de radicación 003647, donde la demandante solicito 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 Rose Mary Cardenas Barrios 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
\$ 121.398	9 de enero de 2019	17 de febrero de 2019

²⁷ Parte considerativa de Resolución 1053 del 02 de noviembre de 2018 – vista en folio 25 del documento No 1 del cuaderno principal del expediente digital.

²⁸ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Folios. 25

²⁹ Certificación pago de Cesantías -Visto en el expediente digital- cuaderno principal- documento No.1-Folio

34

³⁰ Expediente digital- cuaderno principal-documento No. 1-folio 31

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 Estado³¹ 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.

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 \$194.237 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 11 de julio de 2019 con número de

³¹ C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala. Expediente No 25000 23 24 000 2012 00446 00.

radicación 003647, donde la demandante solicito el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías y **DECLARAR** su nulidad.

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 señora Rose Mary Cardenas Barrios, 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
\$ 121.398	9 de enero de 2019	17 de febrero de 2019

TERCERO. 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.

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.

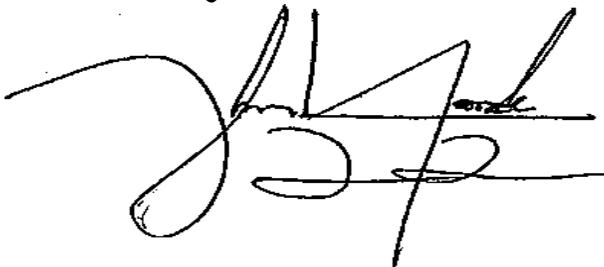
QUINTO. CONDENAR en costas a la Nación- Ministerio De Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a favor de la parte actora. Tásense tomando en cuenta como agencias en derecho la suma de \$194.237.

SEXTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO. 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.

OCTAVO. 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, previa anotación en el sistema Samai.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ
Juez