



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
MAG. PONENTE: DR. BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS

Ibagué, veintitrés (23) de junio de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 73001-33-33-007-2017-00357-01
No. Interno: 00349-2019
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: ALICIA ÑUSTES LOZANO
Demandado: Nación -Ministerio de Educación Nacional-
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del
Magisterio y Departamento del Tolima
Tema: Mora en el pago de las cesantías - Sentencia de
Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de Julio del
2018

CUESTION PREVIA

Como la ponencia presentada por el Magistrado Dr. Ángel Ignacio Álvarez Silva, no obtuvo la mayoría de los votos para su aprobación, procede el suscrito a presentar la Sentencia aceptada por la Sala en los siguientes términos.

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la parte actora, contra la sentencia proferida el día 22 de febrero de 2019, mediante la cual el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibagué NEGÓ las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora ALICIA ÑUSTES LOZANO, actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presentó demanda contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, solicitando que se declare la nulidad del **Oficio No SAC2017RE8463 del 31 de julio de 2017**, mediante el cual el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA en representación del MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de **cesantías parciales**, establecida en la Ley 244 de 1995,

Expediente: 73001-33-33-007-2017-00357-01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Alicia Ñustes Lozano
Demandado: La Nación -Ministerio de Educación Nacional -FOMAG/Otro

2

adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006 configurada, en su sentir, desde el **26 de junio de 2014 hasta el 17 de septiembre de 2015, en calidad de docente vinculada en vigencia de la Ley 812 de 2003, con régimen de cesantías anualizadas.**

Que como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, cancelar a la demandante el pago de la sanción moratoria a que tiene derecho por el pago tardío de una cesantía parcial, equivalente a un día de salario por cada día de mora, contados a partir del día 70 hábil de efectuarse la solicitud, en los términos en la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006.

Que se le dé cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en el artículo 192 del CPACA.

Que se condene en costas a la entidad demandada.

Las anteriores pretensiones las soporta en los siguientes:

HECHOS

“El artículo 3 de la Ley 91 de 1989, creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

2. De conformidad con el párrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, se le asignó como competencia al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el pago de la CESANTIA de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

3. Teniendo de presente estas circunstancias, mi representado(a), 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 12 DE MARZO DE 2014, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

4. Por medio de Resolución No. 2614 DEL 05 DE MAYO DE 2015, ACLARADA MEDIANTE RESOLUCION No 4493 DEL 13 DE JULIO DE 2015, le fue reconocida la cesantía solicitada.

5. Esta cesantía fue pagada el día 17 DE SEPTIEMBRE DE 2015, por intermedio de entidad bancaria.

Expediente: 73001-33-33-007-2017-00357-01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Alicia Ñustes Lozano
Demandado: La Nación -Ministerio de Educación Nacional -FOMAG/Otro

3

6. Al observarse con detenimiento, mi representado(a) solicitó la cesantía el día 12 EMARZO DE 2014, fecha a partir de la cual la entidad contaba con setenta (70) días hábiles para efectuar el pago. Dicho término venció el día 26 DE JUNIO DE 2014, pese a lo cual la cancelación de la cesantía peticionada se llevó a cabo el día 17 DE SEPTIEMBRE DE 2015, transcurriendo así 440 días de mora desde el 26 DE JUNIO DE 2014, momento en el cual debía haberse verificado el pago de la mencionada prestación.

7. Luego de haber solicitado el reconocimiento y pago de la sanción moratoria indicada a la entidad que aquí se demanda, ésta resolvió negativamente la petición presentada, por medio del OFICIO SAC: 2017RE8463 DEL 31 DE JULIO DE 2017, NOTIFICADO EL DIA 08 DE AGOSTO DEL MISMO AÑO. Dicha circunstancia conllevó a que de conformidad con el procedimiento administrativo, se solicitará 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.”

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Departamento del Tolima

Mediante escrito visible a folios 75 a 88 del expediente, la apoderada judicial del Departamento del Tolima, presentó contestación a la demanda oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones planteadas por la parte accionante.

Como fundamento de lo anterior, realizó un análisis de las normas que rigen el trámite para el reconocimiento de las cesantías de los docentes sostiene que esa entidad territorial no es quien debe responder por lo que eventualmente se llegara a determinar en concepto de restablecimiento del derecho pues es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el encargado de cancelar la prestación objeto de debate, dentro de un trámite en el que la Secretaría de Educación solo es una entidad intermediaria encargada de desarrollar unas actividades en representación de la entidad del nivel nacional, reiterando que no es la llamada a responder por lo pretendido en el sub lite.

De igual forma, señaló que el personal docente goza de un régimen especial el cual no consagra la posibilidad de una indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías, menos aún que esta sea equivalente a un día de

Expediente: 73001-33-33-007-2017-00357-01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Alicia Ñustes Lozano
Demandado: La Nación -Ministerio de Educación Nacional -FOMAG/Otro

4

salario por cada día de retardo, por lo que se tornan improcedentes las suplicas del demandante.

Propuso como excepciones: Improcedencia pago sanción moratoria al personal docente, improcedencia pago sanción moratoria con recursos del Departamento del Tolima, cobro de lo no debido frente al Departamento del Tolima e imposibilidad de acceder a la indexación de las sumas de dinero que eventualmente

La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Mediante escrito visible a folios 96 a 104 del expediente, la apoderada judicial del Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, aduciendo que el acto administrativo demandado se ajusta a derecho, afirmando que la prestación fue reconocida en debida forma siguiendo los lineamientos de la Ley, aclarando que la mora no puede ser imputable a dicha entidad, toda vez que no participó en la expedición de los actos administrativos de reconocimiento y pago de esta prestación social pues, de conformidad con la normatividad vigente, quienes deben reconocer y ordenar el pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo son las Secretarías de Educación, como autoridades nominadoras y responsables de las prestaciones sociales de los docentes a su cargo.

Propuso como excepciones las que denominó ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, régimen prestacional independiente e inaplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al gremio docente, prescripción, inexistencia de la vulneración de principios legales e inexistencia del demandado falta de relación con el reconocimiento del derecho conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada, falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir acto administrativo y para reconocer el derecho reclamado.

Así mismo, solicitó la vinculación de la Fiduciaria La Previsora S.A., vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ser esa fiduciaria quien efectúa la revisión y aprobación de todos los actos administrativos a través de los cuales se realiza cualquier reconocimiento prestacional para el personal docente y es la encargada de hacer el pago de estas prestaciones.

Aclaró, que de acuerdo con el artículo 30 de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el FOMAG, será efectuado a través de las

Expediente: 73001-33-33-007-2017-00357-01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Alicia Ñustes Lozano
Demandado: La Nación -Ministerio de Educación Nacional -FOMAG/Otro

5

Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas, por lo tanto, el expediente administrativo de la docente reposa en la dependencia correspondiente.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibagué, mediante sentencia proferida el 22 de febrero de 2019, declaró probadas las excepciones propuestas por el Departamento del Tolima, declaró la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. SAC2017RE8463 de 31 de julio de 2017, mediante el cual se negó a la señora ALICIA ÑUSTES LOZANO, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006, declaró probada la excepción denominada prescripción propuesta por la demandada NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y se abstuvo de condenar en costas en esa instancia.

Para arribar a tales determinaciones, el A Quo estableció como problema jurídico, determinar si en el presente asunto, es procedente el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a favor de la demandante, en su calidad de docente oficial, con fundamento en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

En primer término, señaló que está probado que la señora ALICIA ÑUSTES LOZANO hace parte de la planta de personal docente del Departamento del Tolima y presto sus servicios en la Institución Educativa El Palmar del municipio de Coyaima como docente de vinculación departamental con situado fiscal, que goza del régimen anual de cesantías y en tal virtud, tiene derecho a que sus cesantías sean reconocidas y pagadas conforme lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, so pena de que se cause a su favor la sanción moratoria consagrada en el parágrafo del artículo 5 en mención, tal como expresamente lo señalan las sentencias de unificación proferidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Descendiendo al caso concreto, indicó que se acreditó que el 12 de marzo de 2014, la demandante radicó ante la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima una solicitud de pago de cesantías parciales con destino a compra de vivienda, prestación que le fue reconocida mediante Resolución 2614 de 5 de mayo de 2015 la cual le fue notificada el 08 de mayo de 2015 y que el valor por dicho concepto le fue pagado el 17 de septiembre de 2015.

Con base en lo anterior, el juzgado de instancia señaló que efectuado el computo de los términos con los que contaba la entidad demandada para expedir el acto administrativo de reconocimiento de la prestación y realizar el correspondiente pago, se advierte que incurrió en mora en el pago de las cesantías parciales solicitadas por la demandante, el cual comprendió desde

Expediente: 73001-33-33-007-2017-00357-01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Alicia Ñustes Lozano
Demandado: La Nación -Ministerio de Educación Nacional -FOMAG/Otro

6

el 27 de junio de 2014 hasta el 16 de septiembre de 2015, generándose un retardo de 297 días.

A su vez, señaló que la sanción moratoria en el caso de la parte actora, inició el día 27 de junio de 2014, estaba en la obligación y posibilidad de reclamar la sanción moratoria hasta el día 26 de junio de 2017; sin embargo, la señora ALICIA ÑUSTES LOZANO solo elevó reclamación administrativa hasta el día 10 de julio de 2017, superando el término de 3 años de que habla el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral para que opere la prescripción del derecho.

Lo anterior, sustentado en la sentencia de fecha 6 de diciembre de 2018 proferida por el Consejo de Estado, al resolver una controversia originada en la consignación tardía de las cesantías de un empleado público del nivel territorial beneficiario del sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990, precisó que la sanción o indemnización moratoria si está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante escrito visto a folios 124 a 130 del plenario, el apoderado del extremo demandante, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, mediante la cual, el A Quo negó las pretensiones de la demanda al haber operado el fenómeno jurídico de prescripción, por lo que de entrada solicita que se revoque la decisión y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Refirió, que la sanción por mora se pretende dentro de un proceso declarativo que busca determinar la existencia de la tardanza en la cancelación de las cesantías reconocidas y canceladas por fuera de los términos legales, por lo que, para efectos de la contabilización del término de prescripción del derecho, debe tenerse en cuenta la fecha de la radicación de la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, que, para el caso en estudio, fue el 10 de julio de 2017.

En tal sentido, manifestó que en el sub examine, se configura una prescripción parcial y no total, pues si bien la mora comprendía entre el 27 de junio de 2014 (día siguiente a la fecha del pago oportuno) y el 10 de julio de 2014 (tres años atrás de la fecha de presentación de la reclamación administrativa), se encuentra prescrita entre el 11 de julio de 2014 y el 17 de septiembre de 2015, por lo que existe una mora vigente y sobre la cual no se configura el fenómeno prescriptivo del derecho.

Expediente: 73001-33-33-007-2017-00357-01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Alicia Ñustes Lozano
Demandado: La Nación -Ministerio de Educación Nacional -FOMAG/Otro

7

Afirma, que el derecho establecido en la Ley 1071 de 2006, solo se causa el día en que cancelan el valor correspondiente a las cesantías, como quiera que es en ese momento en el que se puede conocer el valor exacto adeudado por concepto de la sanción. Lo anterior, en concordancia con los mandatos legales que disponen que los derechos prescriben tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 26 de abril de 2019, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora. Posteriormente, a través de auto del 04 de junio del mismo año, se decretó prueba de oficio consistente en requerir a la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, para que allegue copia íntegra del expediente administrativo que dio origen a la expedición de la Resolución 4493 de 13 de junio de 2015, por medio de la cual se reconoció y ordenó pago de una cesantía parcial a la demandante.

Mediante auto de 12 de abril de 2021, se ordenó abrir incidente por desacato al secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, ante su renuencia en dar cumplimiento al requerimiento oficiado en dos oportunidades, del expediente administrativo de la demandante.

Finalmente, por medio de proveído calendado el 23 de agosto de 2021, previa comprobación del cumplimiento de la orden impartida por el Despacho, el Despacho se abstuvo de continuar con el trámite de incidente por desacato al secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

Luego de allegada la prueba documental al plenario; y por medio de auto del 27 de enero de 2020, corrió traslado común a las partes para presentar los alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto; sin embargo, **guardaron silencio.**

CONSIDERACIONES

PARTE PROCESAL

Es competente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para resolver la presente controversia, tal como lo establece el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

CUESTION PREVIA

Esta judicatura reitera que la ponencia presentada por el Magistrado Dr.

Expediente: 73001-33-33-007-2017-00357-01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Alicia Ñustes Lozano
Demandado: La Nación -Ministerio de Educación Nacional -FOMAG/Otro

8

Ángel Ignacio Álvarez Silva, no obtuvo la mayoría de los votos para su aprobación, razón por la cual procede el suscrito a presentar la sentencia aceptada por la Sala.

ESTUDIO SUSTANCIAL

El marco de competencia de esta segunda instancia es total, en tanto el recurso de apelación instaurado por el apoderado judicial de la parte actora, se circunscribe a analizar la viabilidad de las pretensiones invocadas dentro del presente medio de control, como quiera que las mismas fueron despachadas en forma desfavorable por parte del Juez de Conocimiento.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

El problema jurídico radica en establecer si a la parte demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de que trata la ley 1071 de 2006, que adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, al no haberse expedido la resolución de reconocimiento del auxilio de cesantías parcial dentro del término establecido en la norma en comento o, si por el contrario, no hay lugar a efectuar tal reconocimiento al haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva del derecho.

MARCO NORMATIVO

Inicialmente, debe decirse que el personal docente se encuentra amparado por un régimen especial que implica que haya una legislación específica y exclusiva para ese sector de los empleados o servidores públicos, en lo atinente a aspectos relacionados con prestaciones sociales como las cesantías, las primas y en materia de seguridad social, con el reconocimiento y pago de pensiones y la atención en materia de salud; régimen especial que les permite, de acuerdo con las condiciones establecidas en la ley, gozar de pensión gracia, pensión de jubilación y salario, en algunas circunstancias sin retirarse del servicio.

Es así como, esta Corporación argumentaba que, en tanto el régimen especial de los docentes oficiales no contempla el reconocimiento de la sanción moratoria para este sector, no era posible aplicar el régimen general que sí consagra esa prerrogativa, por cuanto el régimen especial debe ser aplicado como un todo so pena de crear una tercera regla que tomara partes de ambos regímenes. Los argumentos expuestos fueron los esgrimidos por esta Corporación para negar la prestación reclamada.

Sin embargo, señala la sentencia SU-336 del 18 de mayo de 2017, M.P. Dr. Iván Humberto Escrucería Mayolo (E), que este argumento no se acompasa con el concepto de las cesantías y su función social, en tanto acude a la

taxatividad de la norma sin profundizar en la naturaleza, funciones y características de los docentes oficiales, sobre una postura que se soporta en argumentos materiales sobre la naturaleza propia de la labor desempeñada por los docentes, que les otorga un trato equivalente al de los empleados públicos, independientemente de que no estén catalogados de manera expresa como tales.

De igual manera, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, CP. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, en sentencia del 15 de junio del 2017, con radicación No. 73001-23-33-000-2013-00156-01, señaló que de conformidad con el derecho a la igualdad y el principio in dubio pro operario, la indemnización por el no pago oportuno de las cesantías, también se extendía al sector oficial docente, puesto que este no se encontraba excluido de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por lo tanto siempre y cuando se verifiquen los requisitos de reconocimiento y pago habrá lugar a dicha indemnización moratoria.

Lo anterior, conllevó a que nuestro Máximo Órgano de Cierre unificara su postura en Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio del 2018¹, quien luego de analizar la naturaleza de los docentes oficiales, determinó que si bien, se encuentran catalogados dentro del estatuto de profesionalización como empleados oficiales, lo cierto es, que atendiendo la naturaleza del servicio que prestan, la regulación de su función, su ubicación dentro de la Rama Ejecutiva del Poder Público y la forma de inserción, ascenso y retiro del servicio, los mismos ostentan la calidad de **Empleados Públicos** y en virtud a tal condición, les son aplicables las disposiciones contenidas en las leyes 244 de 1995 y 1071 del 2006, siendo procedente el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria.

Como fundamento de lo anterior, expresó que la categoría jurídica que se les reconoce a los educadores que prestan sus servicios al Estado, deriva de las siguientes connotaciones:

“(...)

*78. En segundo lugar, es preciso señalar que dado el criterio finalista tenido en cuenta por la Asamblea Nacional Constituyente al establecer el artículo 123 de la Constitución Política, se consideró que dentro de la categoría de servidores públicos se encontraban quienes prestaran sus servicios a la comunidad y por ende, ejercieran una función pública de forma permanente. Al respecto, según se expuso, los docentes oficiales prestan un **servicio público esencial a cargo del Estado y en beneficio del interés general.***

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación (18 de julio de 201) Sentencia CE-SUJ-SII- (012-2018), Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 NI: 4961-2015. Actor: Jorge Luis Ospina Cardona.

79. Como tercer punto, una vez analizadas las normas que establecen el régimen jurídico de la educación en Colombia, es evidente la distribución de competencias del sector central - la Nación, a las entidades territoriales, en virtud del principio de la **descentralización administrativa**, y en atención a que la vinculación de los docentes se ha realizado a través de un órgano de la administración bien sea del orden nacional o departamental, todo ello con el fin de garantizar el efectivo y eficiente ejercicio del servicio público de educación que busca no solo el cumplimiento de la función pública, sino la materialización de los fines esenciales del Estado.

80. Y finalmente, en atención al régimen especial laboral de los educadores que prestan sus servicios al Estado, cuya vinculación al servicio se efectúa a través de concurso público, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como el ascenso, la permanencia y el retiro se encuentran regulados a través de la **carrera administrativa** prevista por el Estatuto de Profesionalización Docente contenido en el Decreto 1278 de 2002, se establece que su relación laboral es de carácter legal y reglamentaria.

(...)

82. Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995² y 1071 de 2006³, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional.”

Así las cosas, las precisiones efectuadas por el H. Consejo de Estado, son acogidas por esta Corporación y sirven de sustento para ratificar que a los docentes les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sanción mora.

Ahora bien, la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 del 2006, establece el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de algunos servidores públicos y la consecuencia por no realizarse dentro de los términos allí señalados, es decir, la sanción moratoria por el no pago oportuno de las mismas.

Así, los artículos 1 y 2 de la norma antes señalada, disponen:

“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

² «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.»

³ «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

Expediente: 73001-33-33-007-2017-00357-01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Alicia Ñustes Lozano
Demandado: La Nación -Ministerio de Educación Nacional -FOMAG/Otro

11

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."

En virtud a lo expuesto, debe decirse que la indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 es una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último, con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva o parcial del auxilio de cesantía en los términos de la citada Ley.⁴

Adicionalmente, debe aclararse, que conforme a la sentencia C-486 de 2016, el plazo de los cuarenta y cinco (45) días hábiles debe contarse a partir del día en que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación, debiendo examinar la fecha de la actuación administrativa y la normatividad vigente al momento en que se dio inicio al trámite, para precisar cuál será el término al que estará sometido el acto siempre que sea susceptible de recursos, para adquirir firmeza.

⁴ Consejo de Estado. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 27 de marzo de 2008, Radicación número: 20001-23-31-000-2002-00012-01(6050-05).

Expediente: 73001-33-33-007-2017-00357-01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Alicia Ñustes Lozano
Demandado: La Nación -Ministerio de Educación Nacional -FOMAG/Otro

12

Sobre el particular, resulta necesario precisar que el Consejo de Estado en la precitada sentencia de unificación⁵, estableció los escenarios específicos a partir de los cuales se debe empezar a contabilizar la mora por el pago tardío de las cesantías parciales o definitivas, partiendo de la base de la notificación del acto de reconocimiento y el término de ejecutoria del mismo, expresando lo siguiente:

“(...) Podemos concluir así, que el acto de reconocimiento de la cesantía debe notificarse personalmente al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará a computarse el término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley⁶ 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 ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día en que así lo manifieste.

En las mencionadas situaciones, los términos de notificación y de ejecutoria no corren para sanción moratoria.

De otra arista, se tiene que una de las posibilidades frente al reconocimiento de la cesantía es la inconformidad del empleado, que podrá ser total o parcial, situación en donde dentro el término de 10 días siguientes a la notificación debió interponer el recurso procedente con el propósito de lograr la respectiva modificación, en cuyo caso el plazo de los 45 días hábiles, iniciará una vez adquiera firmeza el acto administrativo respectivo, esto es, de acuerdo con lo señalado en el numeral 2 artículo 87 ibidem⁷, desde el día siguiente a la comunicación de la decisión sobre los recursos interpuestos; por consiguiente, el cómputo se efectuará así: notificado el acto que resuelva la impugnación, se contabilizará 1 día correspondiente a la ejecutoria y a partir del día siguiente correrá el plazo legal para el pago previsto en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Sin embargo, otras de las posibilidades que puede ocurrir cuando se interpone un recurso, es que éste no sea resuelto. Frente a esta

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación (18 de julio de 201) Sentencia CE-SUJ-SII- (012-2018), Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 NI: 4961-2015. Actor: Jorge Luis Ospina Cardona.

⁶ Artículos 68 y 69 CPACA. En los supuestos, las diligencias totalizan 12 días.

⁷ «Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.

2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

[...]

circunstancia, la jurisprudencia constitucional⁸ ha sido enfática en que una de las modalidades del derecho de petición es justamente el recurso gubernativo, el cual debe ser resuelto por la autoridad competente en el término de 15 días como si se tratara de una solicitud común y corriente, al margen que pasados 2 meses se entienda configurado un acto ficto. De acuerdo con lo anterior, pasados 15 días hábiles sin que se notifique acto que resuelve el recurso interpuesto, empezará a correr el término que tiene la administración para pagar la cesantía en los términos que fue reconocida, plazo previsto en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 que debe agotarse para causar la sanción moratoria.”

De lo expuesto, se concluye que con posterioridad a la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías “parciales o definitivas”, la entidad cuenta con 15 días para expedir el acto administrativo de reconocimiento.

No obstante, si durante dicho término la entidad guarda silencio o se pronuncia en forma tardía, se efectúa el control de ejecutoria de la resolución del reconocimiento de cesantías, tomando como base el acto de notificación “personal o por aviso”, o si el solicitante renunció a términos, y a partir de allí se contabilizará el término de 45 días hábiles para que se haga efectivo el pago de las cesantías. Una vez vencido éste, se empezará a generar mora, la cual dará lugar a la imposición de sanción de un día de salario por cada día de retardo.

Dispuesto de esta manera el recuento normativo y los actuales desarrollos jurisprudenciales tanto de la Corte Constitucional como el Consejo de Estado sobre la materia, se procede a descender al caso en particular.

CASO CONCRETO

Descendiendo al asunto bajo estudio, se tiene que el trámite adelantado por la demandante respecto de sus cesantías fue el siguiente:

Solicitud reconocimiento cesantías parciales	12 de marzo de 2014 ⁹
Resolución reconocimiento de cesantías parciales	05 de mayo de 2015 ¹⁰
Resolución aclaratoria de la resolución que reconoció y ordenó el pago de las	13 de julio de 2015 ¹¹

⁸ Al respecto, consultar sentencias T-673-98, T-785-01 y T-795-01

⁹ Ver folio 198 del cuaderno principal.

¹⁰ Ver folios 192 y 193 del cuaderno principal.

¹¹ Ver folios 194 del cuaderno principal.

Expediente: 73001-33-33-007-2017-00357-01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Alicia Ñustes Lozano
Demandado: La Nación -Ministerio de Educación Nacional -FOMAG/Otro

14

cesantías parciales	
Pago cesantías parciales	17 de septiembre de 2015 ¹²

Como se expuso, la entidad contaba únicamente con quince (15) días hábiles para expedir la resolución que reconocía las cesantías de la parte demandante, existiendo negligencia de la demandada para proferir el acto administrativo dentro del tiempo previsto en la ley, habiéndolo hecho luego de haber transcurrido más de trece (13) meses desde la presentación de la solicitud.

Así las cosas, y de acuerdo con los recientes pronunciamientos de nuestro Máximo Órgano de Cierre se ha determinado que si bien es cierto que los docentes ostentan un régimen especial, esto no es óbice para que se incumplan los términos establecidos en la Ley 1071 de 2006 para reconocer y pagar sus cesantías, ya sean definitivas o parciales, y dado el caso que no se hiciera dentro del término establecido, como ocurrió en el sub examine, se pague la sanción por mora a que hubiere lugar.

En virtud de lo anterior, encuentra la Sala que ante la extemporaneidad y tardanza de la administración para emitir un pronunciamiento dentro del término indicado, el término para contar el día a partir del cual se genera la indemnización moratoria, será de **setenta (70) días hábiles**, que corresponden a los quince (15) días hábiles que tenía la entidad para expedir la resolución, más diez (10) días hábiles que correspondían a la ejecutoria, en razón a que a la fecha de presentación de la solicitud ya se encontraba vigente el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011¹³, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución cuando debió efectuarse el pago como señaló en las consideraciones de esta providencia.

Por lo expuesto, esta Corporación acoge los parámetros establecidos por el Consejo de Estado, en sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio del 2018¹⁴, para efectuar el cómputo de la sanción por mora en el pago de cesantías, respecto del cual se expresó:

*En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social -cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía, **el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición***

¹² Ver folio 7 del cuaderno principal.

¹³ Disposición que amplió cinco (5) días más la oportunidad para la presentación de los recursos de reposición y apelación contra los actos de la administración.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación (18 de julio de 201) Sentencia CE-SUJ-SII- (012-2018), Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 NI: 4961-2015. Actor: Jorge Luis Ospina Cardona.

Expediente: 73001-33-33-007-2017-00357-01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Alicia Ñustes Lozano
Demandado: La Nación -Ministerio de Educación Nacional -FOMAG/Otro

15

correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006¹⁵), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011¹⁶) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984, artículo 51¹⁷], 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 2006¹⁸.
(Negrilla y subrayado por fuera de texto original).

En consideración a lo anterior, y luego de revisarse los elementos materiales probatorios incorporados al expediente, se advierte que, en efecto, la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, incurrió en mora frente al acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales, toda vez que la entidad disponía hasta el 04 de abril de 2014 para su expedición y posteriormente, contaba hasta el 27 de junio de 2014, para proceder a materializar el pago de la prestación social solicitada por la señora Alicia Ñustes Lozano.

¹⁵ «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

[...]

Artículo 4. 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.»

¹⁶ «ARTÍCULO 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

[...]

ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.»

¹⁷ «Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

[...]

Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme. [...]

¹⁸ «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.»

Expediente: 73001-33-33-007-2017-00357-01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Alicia Ñustes Lozano
Demandado: La Nación -Ministerio de Educación Nacional -FOMAG/Otro

16

En tal sentido, resulta claro que en el sub judice hay lugar a ordenar el pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, como quiera que la entidad accionada se excedió del término de los setenta (70) días hábiles que establece el mandato legal, para pronunciarse acerca de la solicitud de reconocimiento de cesantías y posteriormente, para efectuar el pago de las mismas.

Sin embargo, en este punto resulta pertinente hacer el estudio para determinar cuál es el periodo que deberá reconocerse por sanción moratoria, como quiera que se advierte que en el sub judice el argumento central del recurso de apelación presentado por la parte demandante, se concretó en que no era posible decretar la **prescripción extintiva del derecho** y por ende, negar las pretensiones de la demanda.

Sobre el particular, advierte la Sala que conforme a la sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de fecha 25 de agosto del 2016, con ponencia del Doctor Luis Rafael Vergara Quintero, se precisó a partir de qué momento comienza a **correr el término para configurarse la prescripción del derecho**, cuando se pretende reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por el pago tardío de las cesantías, para lo cual sostuvo lo siguiente:

“Determinar una fecha expresa para que el empleador realice la consignación respectiva y prever, a partir del día siguiente, una sanción por el incumplimiento en esa consignación, implica que la indemnización moratoria que surge como una nueva obligación a cargo del empleador, empieza a correr desde el momento mismo en que se produce el incumplimiento. Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial. (...)La Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente.” (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Dicha posición de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sido reiterada en sentencia del 16 de abril de 2021, proferida dentro del expediente 0035-18, C.P: César Palomino Cortés, donde indicó que el fenómeno de la prescripción extintiva **podía operar en forma total o parcial**, por lo que, al aplicarse tal prerrogativa al caso bajo estudio, se tiene que la

Expediente: 73001-33-33-007-2017-00357-01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Alicia Ñustes Lozano
Demandado: La Nación -Ministerio de Educación Nacional -FOMAG/Otro

17

demandante solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, el día 12 de marzo de 2014; incurriendo la accionada en mora desde el **28 de junio de 2014**, fecha en que comenzó a correr el término para que operará el fenómeno de la prescripción.

Sin embargo, se aprecia que la accionante el día **10 de julio de 2017**¹⁹, presentó reclamación ante la entidad, solicitando el reconocimiento de la sanción mora por pago tardío de sus cesantías parciales.

De lo anterior, se observa que la reclamación administrativa se interpuso luego de haber transcurrido **tres (03) años y once (11) días**, es decir, excediendo el término establecido en la ley para efectuar la petición frente al derecho que se reclama.

No obstante, atendiendo lo dispuesto en la sentencia de unificación de nuestro Máximo Órgano De Cierre, en la que se estableció que, aun cuando se haya excedido el límite de los tres (03) años para que se interrumpa la prescripción, ello no quiere decir que se haya extinguido en su totalidad el derecho, toda vez que existe la posibilidad de que dicho fenómeno se configure en forma parcial.

En tal sentido, se avizora que los setenta (70) días hábiles para el pago de las cesantías parciales culminaron el 27 de junio de 2014, iniciando el término de prescripción el día **28 de junio de 2014**, contando la demandante hasta el 28 de junio de 2017 para presentar reclamación ante la entidad.

Sin embargo, como la reclamación fue efectuada hasta el **10 de julio de 2017**, en este caso se contabilizan tres (03) años hacia atrás, lo cual da como resultado el **10 de julio de 2014** y se adiciona, el tiempo restante en que la entidad incurrió en mora, es decir, hasta el **16 de septiembre de 2015** (día anterior a la consignación de las cesantías reclamadas), para establecer el periodo a reconocer por dicho concepto.

Bajo estas circunstancias, se concluye que el periodo a reconocer de pago de sanción moratoria será desde el **10 de julio de 2014** hasta el **16 de septiembre de 2015**, al haber operado el **fenómeno de prescripción de manera parcial**, sobre los periodos anteriores.

En virtud de lo anterior, se **declarará probada de oficio la excepción de prescripción parcial**, de conformidad a los argumentos expuestos en precedencia.

¹⁹ Folios 10-12 cuaderno principal

Expediente: 73001-33-33-007-2017-00357-01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Alicia Ñustes Lozano
Demandado: La Nación -Ministerio de Educación Nacional -FOMAG/Otro

18

Así las cosas, se **DECLARARÁ** la nulidad del acto administrativo contenido en el **oficio No SAC2017RE8463 del 31 de julio de 2017**, mediante la cual LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, y a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a pagar a favor de la señora ALICIA ÑUSTES LOZANO, un día de salario por cada día de retardo por el no pago oportuno del auxilio de cesantías parciales, desde el **10 de julio de 2014 al 16 de septiembre de 2015**.

Ahora bien, en relación con la entidad territorial, debe indicarse que en virtud de lo establecido en la ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, las mismas actúan como meros facilitadores para que los docentes tramiten el reconocimiento y pago de sus prestaciones, las cuales están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y pese a que son los encargados de elaborar los proyectos de acto administrativo de reconocimiento, lo hacen en representación de dicho fondo, y en tal virtud no deciden, esto es, no crean, ni modifican o extinguen la situación jurídica del docente.

Se precisa que con la expedición de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, sancionada el 28 del mismo mes y año, en el párrafo del artículo 57, se estableció que la entidad territorial será la responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación Territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

No obstante, el mencionado párrafo de la Ley 1955 de 2019 no aplica al caso bajo examen, en tanto, conforme el artículo 336 de la misma, esta entró en vigencia a partir de su publicación, 28 de mayo de 2019, y el derecho que aquí se discute se causó con anterioridad a dicha fecha, criterio acogido por el Tribunal Administrativo del Tolima en Sala Plena del 6 de junio de 2019²⁰.

El Tribunal hace la anterior precisión, para que no exista duda respecto a qué entidad es la encargada de pagar la referida mora que establece la ley.

²⁰²⁰ En principio se afirma que la referida ley solo aplica a los casos y demandas que se presenten con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia.

De otra parte, en lo que respecta a la solicitud de **indexación de la sanción moratoria** solicitada por el apoderado de la parte actora, encuentra la Corporación que la misma tiene vocación de prosperidad, teniendo en cuenta que, en reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, contenido en la providencia del **26 de agosto de 2019, C.P. William Hernández Gómez, Rad. No. 68001-23-33-000-2016-00406-01 (1728-2018)**, se aclaró que si bien en la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio del 2018 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, se sentó el precedente que la sanción moratoria al constituir una penalidad de carácter económica por la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar a tiempo las cesantías, no resultaba procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues se trataba de valores monetarios que no compensan ninguna contingencia relacionada con derechos laborales, lo cierto es que, la Corporación señaló que dicho planteamiento debía ser entendido de la siguiente manera:

“(...)

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “(...)” Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA. (...)”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) si hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

*De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: 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”.*

En este sentido, concluye la Sala que en el sub judice hay lugar a **ORDENAR** que el valor total generado por la sanción moratoria se ajuste en su valor, tomando como base el Índice de Precios al Consumidor, conforme lo dispone el **artículo 187 del CPACA**, a partir del día siguiente en que cesó la causación de la sanción moratoria, esto es, desde el **18 de septiembre de 2015 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia**.

Expediente: 73001-33-33-007-2017-00357-01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Alicia Ñustes Lozano
Demandado: La Nación -Ministerio de Educación Nacional -FOMAG/Otro

20

Finalmente, advierte esta Corporación que dada la conducta desplegada por la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG en reiteradas ocasiones, donde no ha conferido poder para que sea representada en el curso de las diligencias y trámites procesales, como tampoco, ha hecho uso de su derecho de defensa durante la etapa de contestación de la demanda, incluso, ante la mora en que incurrió en el reconocimiento y pago de la prestación que reclama la actora, encuentra la Sala procedente **ORDENAR COMPULSAR COPIAS** ante la Procuraduría General Nación para que se adelanten las investigaciones disciplinarias a que haya lugar en contra del Representante legal o quien haga sus veces, respecto de la entidad en cuestión.

EN SINTESIS:

En conclusión, habidas las consideraciones precedentes, esta Corporación encuentra que el fallo proferido el día 22 de febrero de 2019 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibagué, debe ser **REVOCADO** por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

CONDENA EN COSTAS DE ESTA INSTANCIA

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, condénese en costas de ambas instancias a la entidad demandada, siempre y cuando estén comprobadas.

Por Secretaría liquídense.

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente a cargo de la entidad demandada.

D E C I S I Ó N

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 22 de febrero de 2019, por medio de la cual el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibagué negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio No SAC2017RE8463 del 31 de julio de 2017**, mediante la cual LA

Expediente: 73001-33-33-007-2017-00357-01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Alicia Ñustes Lozano
Demandado: La Nación -Ministerio de Educación Nacional -FOMAG/Otro

21

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías parciales, de conformidad con lo esgrimido en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, CONDÉNESE a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a pagar a favor de la señora ALICIA ÑUSTES LOZANO, un día de salario por cada día de retraso por el no pago oportuno del auxilio de cesantías parciales, desde el **10 de julio de 2014 al 16 de septiembre de 2015**. La suma total causada por sanción moratoria se ajustará en su valor, tomando como base el Índice de Precios al Consumidor, conforme lo dispone el **artículo 187 del CPACA**, a partir del día siguiente a aquel en que cesó la causación de la sanción moratoria, esto es, desde el **18 de septiembre de 2015 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia**, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR probada de oficio la excepción de prescripción parcial, en atención a lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

QUINTO: La suma que resulte a cargo de LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, será reconocida dentro del término establecido en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y devengará intereses en la forma prevista por la misma disposición.

SEXTO: Condénese en costas de ambas instancias a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, siempre y cuando se encuentren causadas y probadas.

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Líquidense de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.

SEPTIMO: COMPULSAR COPIAS ante la Procuraduría General de la Nación, para que adelante la investigación disciplinaria en contra del funcionario competente, en atención a la conducta negligente desplegada por la Nación - Ministerio de educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

OCTAVO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Expediente: 73001-33-33-007-2017-00357-01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Alicia Ñustes Lozano
Demandado: La Nación -Ministerio de Educación Nacional -FOMAG/Otro

22

En cumplimiento de las medidas de aislamiento preventivo decretadas por el Gobierno nacional para evitar la propagación del COVID 19, la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala a través de medios electrónicos y se notifica a las partes por este mismo medio.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS
Magistrado



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Magistrado



ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA
Magistrado
(Salva voto)