



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Tel. 8240802. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, treinta y uno (31) de marzo de 2022

Expediente: 19-001-33-33-008- 2019-00008-00
Demandante: OLGA AMPARO GIRONZA GALLARDO
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA núm. 029

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda y postura de la parte actora.

La señora OLGA AMPARO GIRONZA GALLARDO, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a fin de que se declare la nulidad del acto administrativo ficto generado por la falta de respuesta a la petición presentada el 17 de abril de 2018.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó en la demanda reconocer y pagar la sanción moratoria, debido al pago tardío de las cesantías parciales reconocidas mediante Resolución nro. 2572-11-2016 de 22 de noviembre de 2016, proferida por la Secretaría de Educación del departamento del Cauca; sumas que deberán ser debidamente indexadas; se reconozcan intereses de mora; y se condene al pago de costas y agencias en derecho.

En síntesis, como base fáctica de las pretensiones, se afirmó que la docente en el año 2016 solicitó el reconocimiento de las cesantías parciales, y fueron reconocidas a través de la Resolución nro. 2572 de 22 de noviembre de 2016, ordenando el reconocimiento de \$ 8.831.906. Sin embargo, señala que el pago se hizo efectivo el 13 de abril de 2018 y que, por tanto, el pago se realizó de manera extemporánea, teniendo derecho al reconocimiento de la sanción moratoria, equivalente a un día de salario por cada día de retardo. Manifestó que solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria, pero la entidad demandada guardó silencio.

Como normas violadas se invocan el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, y la Ley 1437 de 2011. En el concepto de violación, se argumentó que el acto administrativo ficto demandado se encuentra viciado de nulidad por infracción de las normas en que debería fundarse, vulnerando los derechos de la docente, por cuanto el pago de la cesantía se realizó por fuera de los términos establecidos en la Ley 1071 de 2006 y por tanto tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria.

La parte actora no presentó escrito de alegatos de conclusión.

1.2.- Postura y argumentos de defensa de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La entidad accionada no contestó la demanda. En la etapa de alegatos de conclusión señaló que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio fue creado mediante la Ley 91 de 1989, y se firmó contrato de fiducia con la Fiduciaria La Previsora, entidad que actúa como vocero y administradora de los recursos del Fomag.

En cuanto al caso concreto, señaló que la fecha real en la cual se puso a disposición los recursos de las cesantías parciales de la docente Olga Amparo Gironza Gallardo fue el 27 de febrero de 2017, como se acredita con el certificado expedido por la Fiduprevisora S.A., dinero que fue reintegrado por no cobro, por lo cual, solicita se tenga en cuenta esta fecha para efectos de la liquidación de la sanción.

Pidió al despacho abstenerse de acceder a la solicitud de indexación de la sanción moratoria, señalando que, con base en pronunciamiento del Consejo de Estado, ello es improcedente, por tratarse de una sanción y no una prestación, por ello, no se puede sancionar dos veces por el mismo hecho.

Solicitó entonces, negar las pretensiones de la demanda y abstenerse de condenar en costas a la entidad.

1.3.- Intervención del Ministerio Público.

La representante del Ministerio Público delegada ante este despacho no presentó concepto en esta instancia.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad del medio de control.

Por la naturaleza del asunto, la cuantía de las pretensiones y el último lugar donde prestó el servicio la accionante, este Juzgado es competente en primera instancia para resolverlo (artículos 138, 155-2 y 156-3 de la Ley 1437 de 2011).

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impulsado por la señora OLGA AMPARO GIRONZA GALLARDO no ha caducado, conforme el artículo 164, numeral 1, literal d), teniendo en cuenta que la demanda se origina en la solicitud de nulidad de un acto administrativo ficto o presunto configurado por la falta de respuesta de la entidad.

2.2.- Problema jurídico.

El problema jurídico se centrará en determinar si el acto administrativo ficto negativo producto del silencio administrativo se encuentra ajustado a Derecho, o sí, por el contrario, le asiste razón a la señora OLGA AMPARO GIRONZA GALLARDO en cuanto a que este se encuentra viciado de nulidad por el hecho de negarle el reconocimiento de la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo, al no haberse efectuado el pago de las cesantías parciales, dentro del término de ley.

2.3.- Tesis.

Para el despacho, el acto administrativo ficto negativo producto del silencio administrativo enjuiciado se encuentra viciado de nulidad, teniendo en cuenta que la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no reconoció ni canceló oportunamente el valor de las cesantías parciales a la señora Olga Amparo Gironza Gallardo, conforme lo establece la Ley.

2.4.- Razones de la decisión.

Se sustentará la tesis bajo los siguientes argumentos: (i) Lo probado en el proceso; (ii) Fundamento legal en materia de sanción moratoria para el sector docente; y (iii) juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

PRIMERA: Lo probado en el proceso.

- La señora Olga Amparo Gironza Gallardo el 13 de mayo de 2016 solicitó el reconocimiento de cesantías parciales, para estudio.

- A través de la Resolución nro. 2572-11-2016 de 22 de noviembre de 2016, la secretaría de Educación y Cultura del departamento del Cauca reconoció el valor de \$8.831.906, por concepto de cesantías parciales, valor del cual se girará la suma de \$6.533.000 como anticipo de cesantía con destino a estudio. Señalando, además, que el pago se realizaría cuando corresponda el turno y exista disponibilidad presupuestal.

Dicho acto administrativo fue notificado a la docente el 2 de diciembre de 2016.

- Mediante Resolución nro. 2781 de 30 de noviembre de 2017 se aclaró el acto administrativo de reconocimiento, respecto del destinatario de las cesantías. Notificado a través de correo electrónico el 11 de diciembre de 2017.
- Obra recibo de pago del Banco BBVA, con el cual se acredita que el 13 de abril de 2018 se pagó a la señora Olga Amparo Gironza el valor de \$ 6.533.000, por concepto de cesantías parciales, consignadas por reprogramación el 13 de marzo de 2018.
- Según lo informado por la Fiduprevisora, el pago quedó a disposición de la señora Gironza Gallardo a partir del 27 de febrero de 2017, el cual no fue cobrado, y fue reprogramado el 14 de marzo de 2018, por valor de \$ 6.533.000.
- Obra captura de pantalla del sistema de prestaciones sociales del Ministerio de Educación- Fomag, de 3 de mayo de 2021, en el cual se señala que se reconoció a la accionante, por vía administrativa, la sanción por mora por valor de \$ 3.096.308, equivalente a 41 días, contados del 17 de enero a 26 de febrero de 2017.
- Se allegó captura de pantalla del sistema de prestaciones sociales del Ministerio de Educación- Fomag, en el cual se indica que se reintegró el valor de \$ 3.096.308, reconocido por sanción moratoria, el 20 de marzo de 2019.
- El banco BBVA remitió oficio de 6 de octubre de 2020, mediante el cual, señaló:

"Conforme a su solicitud, de manera atenta informamos y certificamos que el día 16 de marzo de 2018, se puso a disposición de cobro de la docente OLGA AMPARO GIRONZA GALLARDO, identificado con cédula de ciudadanía N°25482215 el pago de cesantías parciales trasladado por el FOMAG, por un valor de \$6.533.000,00, el cual tenía como fecha límite de cobro el día 16 de Abril de 2018, y fue cancelado al beneficiario el día 13 de Abril de 2018 a las 09:30 am sin novedad alguna a las ya mencionadas". [Así fue escrito].

- Reposo certificado de salarios, en el cual se señala que la señora Olga Amparo Gironza Gallardo, para el año 2016 devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, bonificación mensual docentes, pago de sueldo vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y prima vacaciones docente.
- El 17 de abril de 2018 la señora Olga Amparo Gironza Gallardo a través de apoderado solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales.

La entidad demandada guardó silencio frente a esta petición, configurándose el acto administrativo ficto o presunto.

SEGUNDA: Marco jurídico de la sanción moratoria en el sector docente.

Mediante la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que, aunque no tiene personería jurídica está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad, entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

En lo referente al reconocimiento y pago de las cesantías, el ordinal 3 del artículo 15 de la referida ley¹ determinó el sistema de retroactividad para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, y el sistema anualizado sin retroactividad para los docentes nacionalizados vinculados con posterioridad al 1.º de enero de 1990 y aquellos del orden nacional². Sin embargo, esta normatividad no señaló términos para el pago de la prestación social y, en consecuencia, tampoco sanciones por su pago tardío.

En contraste, para el caso de la generalidad de los servidores públicos el legislador profirió la Ley 244 de 1995, la cual fue subrogada por la Ley 1071 de 2006, regulando además de los términos para el reconocimiento y pago de cesantías, la sanción que debe cubrir la entidad en caso de mora en dicho pago.

Pese a este panorama, en múltiples providencias judiciales de nuestra jurisdicción se adoptó la tesis negativa en cuanto a la posibilidad de aplicar a los docentes oficiales la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006. Empero, a partir del año 2015, el Consejo de Estado emitió algunos pronunciamientos en los que admitió el derecho de los docentes oficiales a ser acreedores de la referida sanción moratoria.

Más tarde, en sede de revisión, la Corte Constitucional estudió el tema en la sentencia de unificación SU-336 de 2017³ mediante la cual amparó los derechos de los accionantes, al concluir, tal como ya lo había hecho el Consejo de Estado, que a los docentes sí les son aplicables las normas de sanción por mora en el pago de cesantías, señalando, entre otras cosas, que aunque los docentes no están expresamente rotulados dentro de ninguna de las categorías de los servidores públicos, han de ser considerados empleados públicos en razón de las importantes semejanzas e identidades entre las características usualmente atribuidas a éstos y las que son propias de la labor de los docentes oficiales, esto señaló:

"Por ello, cuando el artículo 19 de la Ley 91 de 1989 establece que el pago de cesantías de los docentes oficiales estará regulado por la normatividad vigente, debe aplicarse lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1.071 de 2006, sobre el pago de cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos. [...]"

"[...] se puede decir que la Ley 91 de 1989, que regula lo concerniente al pago de las cesantías de los docentes, nada indica sobre el reconocimiento de la sanción por la mora en el pago tardío de dicha prestación, por lo que la jurisprudencia constitucional ha hecho una interpretación sobre la materia.

De conformidad con los pronunciamientos de este Tribunal, si bien los educadores oficiales no están expresamente rotulados dentro de ninguna de estas categorías de los servidores públicos, lo cierto es que el Estatuto Docente vigente al momento de expedirse la actual Constitución los definió como empleados oficiales de régimen especial, mientras que la primera Ley Orgánica de Distribución de Competencias y Recursos y la Ley General de Educación, expedidas con posterioridad a ella, de manera coincidente los denominaron servidores públicos de régimen especial, definiciones que pueden ser asumidas como de contenido equivalente. Así mismo, debe decirse que existen importantes semejanzas, incluso identidades, entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, por lo que en tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies, han de ser considerados empleados públicos. Por ello, cuando el artículo 19

1 "[...] Artículo 15
[...]"

3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. [...]"

2 CONSEJO DE ESTADO - Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "A" - consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren - 25 de marzo de 2010 - Radicación número: 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09) - Demandante: Aracelly García Quintero.

3 Sentencia de la Corte Constitucional de 18 de mayo de 2017, magistrado ponente (E) Iván Humberto Escrucera Mayolo.

de la Ley 91 de 1989 establece que el pago de cesantías de los docentes oficiales estará regulado por la normatividad vigente, debe aplicarse lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sobre el pago de cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos. [...]».

Y agregó que la sanción moratoria debía reconocerse a los docentes, pues:

«[...] acoger una postura en virtud de la cual se acepte que los docentes estatales no son beneficiarios de la sanción moratoria de las cesantías no solo contraría esa voluntad del Legislativo y las razones por las cuales fue incluida dentro del ordenamiento jurídico una prestación social de esa naturaleza, sino que transgrede los fundamentos constitucionales en los cuales se sustentaron los proyectos de ley que ahora regulan la materia [...]».

Posteriormente, la Sección segunda del Consejo de Estado profirió la sentencia de unificación SUJ-SII-012 de 18 de julio de 2018⁴, en la cual (a) definió que al docente oficial como servidor público le resulta aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias respecto de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, y (b) en cuanto a su exigibilidad sentó unas precisas reglas en relación con la contabilización de los términos, sea cuando el acto administrativo que reconoce las cesantías se expide de manera extemporánea o cuando no se profiere; la forma de notificación, y lo relativo a los recursos. Asimismo, sentó jurisprudencia sobre el salario base para calcular la sanción moratoria sea cesantías definitivas o parciales; y finalmente precisó que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011:

«[...] PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar 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.

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

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:

15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago. 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 cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley⁵ 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.

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.

TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar 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.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación de 18 de julio de 2018, expediente radicado: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-2015), demandante Jorge Luis Ospina Cardona.

⁵ Artículo 69 CPACA.

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA. [...]».

Como sustento para concluir que la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 es extensible a los docentes, la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 señaló que en los docentes por su calidad de empleados públicos y por ende de servidores públicos, prevista en el artículo 123 de la Constitución, concurren los requisitos de carácter restrictivo del concepto (en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio).

En el mismo año la Sección Segunda de órgano de cierre de nuestra jurisdicción profirió la sentencia de 27 de septiembre de 2018, radicación interna 1515-14, con ponencia del Doctor William Hernández Gómez, en la cual efectuó un análisis del régimen general de sanción moratoria contemplado en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, concluyendo que son aplicables a los docentes, por las siguientes razones:

- ✚ El auxilio de cesantía es una prestación social creada con el fin de proteger al trabajador, ya sea en el caso de quedar sin el empleo o porque las solicite para cubrir gastos en educación, mejoramiento o compra de vivienda⁶.
- ✚ La sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías (parciales o definitivas) es un castigo legal al empleador estatal moroso y a favor del servidor público, cuyo propósito es resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el reconocimiento y pago de la prestación⁷.
- ✚ Es un régimen drástico a efectos de que los empleadores del sector público no retarden injustificadamente el pago de tales prestaciones, sin que para ello tenga que ver el régimen aplicable y en tanto que una de sus razones fue la de prevenir situaciones anómalas que se pudieron presentar en algunas entidades públicas⁸.
- ✚ Las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 contemplan una sanción por mora en el pago a partir de la fecha de reconocimiento, presuponiendo que el mismo debe hacerse en el término legal o reglamentario fijado previamente.
- ✚ Las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 **no** excluyeron de la aplicación a regímenes especiales, por el contrario, incluyó a todos los trabajadores y servidores del Estado (servidores públicos)⁹, sin perjuicio de lo previsto para los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro. En este caso, los docentes oficiales son servidores públicos¹⁰.

6 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejero ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 8 de junio de 2017, radicación: 17001-23-33-000-2013-00575-01(4374-14), demandante: María Emma Gómez Mejía.

7 *Ibidem*.

8 Lo anterior, según se desprende de la exposición de motivos del Proyecto de Ley 44 de 2005 Senado, "por medio de la cual se reglamenta el pago de las cesantías parciales a los servidores públicos y se fijan términos para su cancelación", publicado en la Gaceta del Congreso 495 de 08 de agosto de 2005; que en su tenor literal señaló:

«[...] De otra parte el proyecto de ley se complementa con la Ley 244 del 29 de diciembre de 1995 también de mi autoría, que establece términos precisos para la cancelación de las Cesantías Totales a todos los servidores públicos y que desarrolla parte del artículo 53 de la Constitución, enunciado al comienzo de este escrito, el cual se refiere a la garantía que el Estado debe dar al pago oportuno. Para nadie es un secreto que, cuando un empleado estatal solicita el pago de sus cesantías totales o parciales, comienza un largo y tedioso proceso burocrático. En ambos casos el trabajador tiene urgencia de adquirir el dinero: En el primero porque sus cesantías parciales tienen un propósito de inversión a corto plazo y en el segundo simplemente porque ha quedado cesante y estos dineros constituyen su forma de manutención, mientras logra vincularse a otro cargo, porque el trabajador tiene derecho a que se le reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales. Las anteriores circunstancias traen consigo, como es sabido, la necesidad económica del trabajador, y por ello se genera la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites. Este hecho origina además cierto tipo de favorecimiento y que se modifique el orden de radicación de las solicitudes, prácticamente al mejor postor. Por lo anterior, considero muy oportuno intentar nuevamente reglamentar el tema de las cesantías parciales porque el Estado debe respetar los principios de celeridad, transparencia, eficiencia y eficacia, aún más con sus empleados. [...]».

9 Ponencia para primer debate al proyecto de Ley 44 de 2005 Senado, por medio de la cual se reglamenta el pago de las cesantías parciales a los servidores públicos y se fijan términos para su cancelación, autor: Germán Vargas Lleras, publicado en la gaceta del Congreso 564 de 25 de agosto de 2005.

10 Sentencia de la Corte Constitucional SU 336-2017

- Aplicar este régimen garantiza el derecho a la seguridad social, a la igualdad y condición más beneficiosa de los docentes oficiales¹¹.
- La jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, determinó que el régimen de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías es aplicable a los docentes oficiales.

Todo lo anterior para concluir que en razón a que la Ley 91 de 1989 no fijó términos para el pago de cesantías ni sanciones como consecuencia de ello, es procedente la aplicación de la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006, para los docentes, en cuanto prevén como sanción por mora el pago de un día de salario por cada día de retardo.

TERCERA: Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

Aterrizando al juicio de legalidad del acto administrativo demandado, tenemos que la accionante en su condición de docente oficial reclama a su favor el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales.

Ahora bien, en cuanto a la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria, corresponde al Despacho verificar si la administración observó los términos dispuestos en la ley a la luz de la sentencia de unificación del Consejo de Estado traída en esta providencia.

Así entonces, la Ley 1071 de 2006 que adicionó y modificó la Ley 244 de 1995 prevé que, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas o parciales, la entidad que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de cesantías debe expedir la resolución correspondiente, si están reunidos los requisitos¹².

Una vez cobre firmeza el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales, la entidad pagadora cuenta con un plazo máximo de 45 días hábiles, so pena de cancelar un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago:

"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 (...)"

Para efecto de la forma de contabilizar los términos a fin de verificar la ocurrencia de la mora en el reconocimiento y pago de las cesantías de la docente, se observarán las reglas sentadas en la ya referida sentencia de unificación del Consejo de Estado, y, por tanto, se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la solicitud para contabilizar los 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, 10¹³ días del término de

¹¹ *Ibidem*

¹² Así dispuso en el artículo 4º:

«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.

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 [...]

¹³ «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,

ejecutoria de la decisión (en vigencia del CPACA), y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los días (70) hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Así entonces, de acuerdo con lo probado en el expediente, resulta evidente que la tardanza en el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías empezó desde antes de la emisión del acto administrativo de reconocimiento, sin que se demostrara que ello fue culpa de la demandante; y por ello se deben contar los **45 días** a partir del vencimiento de los 25 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud (15 días para reconocimiento y 10 días de término de ejecutoria), tal y como se pasa explicar:

La solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales se presentó el 13 de mayo de 2016 y la prestación fue reconocida mediante Resolución nro. 2572-11-2016 de 22 de noviembre de 2016, cuando los 15 días hábiles para hacerlo fenecieron el 7 de junio de 2016.

En este asunto, teniendo en cuenta además los diez (10) días de ejecutoria que señala la Ley 1437 de 2011, el plazo para el pago venció el 29 de agosto de 2016, pero solo se puso a disposición el 13 de marzo de 2018, por reprogramación, según se desprende del recibo emitido por el banco BBVA y la certificación emanada de la Fiduprevisora.

Hay que aclarar, que si bien, se señaló que inicialmente se puso a disposición el cobro a partir del 27 de febrero de 2017, no hay prueba de que se haya informado este aspecto a la señora Olga Amparo Gironza Gallardo, asimismo, mediante Resolución nro. 2781 de 30 de noviembre de 2017 se aclaró el acto administrativo de reconocimiento, respecto del destinatario de las cesantías de acuerdo con petición presentada el 10 de noviembre de 2017, teniendo en cuenta que la accionante debió pagar la obligación directamente, acto que fue notificado el 11 de diciembre de 2017, y el pago, se dispuso, posterior a esta fecha, por lo cual, se considera que se debe tener en cuenta como fecha de disposición del pago de las cesantías parciales el 13 de marzo de 2018.

Así las cosas, la moratoria tuvo lugar entre el 30 de agosto de 2016 y el 13 de marzo de 2018, es decir, por 561 días.

En cuanto al fenómeno de la prescripción, se analizará a la luz del artículo 151¹⁴ del Código de Procedimiento Laboral, conforme a la pauta jurisprudencial del Consejo de Estado, por tanto, la obligación se hace exigible, a partir del día en que surge la mora.

En efecto, en tratándose de sanción moratoria, el Consejo de Estado en sentencia de unificación SU004 de 25 de agosto de 2016¹⁵ y que ha sido reiterada posteriormente como en providencia de 6 de diciembre de 2018¹⁶, ha precisado que si bien es cierto en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2016 no se consagró expresamente la prescripción frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, ello no quiere decir que la sanción moratoria es imprescriptible, pues una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

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.»

14 «ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.»

15 Consejo de Estado – Sección Segunda, Sentencia de Unificación CE-SUJ004 de 25 de agosto de 2016, Rad. 2011 00628-01.

16 Consejo de Estado- Sección Segunda – Subsección B, Sentencia de 6 de diciembre de 2018, Rad. 2014-00650-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Al respecto, tenemos que no se ha configurado la prescripción extintiva, por cuanto la fecha de presentación de la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria se elevó el 17 de abril de 2018 y la fecha de presentación de la demanda fue el 18 de enero de 2019, se colige sin esfuerzo que la demanda se presentó en el término oportuno señalado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

En conclusión, ante el pago tardío de sus cesantías, la señora Olga Amparo Gironza Gallardo tiene derecho a que la Nación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconozca y pague la sanción moratoria por el periodo antes referido. En ese orden de ideas, al no tener soporte en las normas en las que han debido fundarse, se evidencia la ausencia de legalidad del acto administrativo enjuiciado.

Ahora, conforme a la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, se tomará como base para la liquidación la asignación básica diaria devengada para la fecha de causación de la mora, esto es, para el mes de agosto de 2016, por tratarse de las cesantías parciales¹⁷. Asimismo, siguiendo la pauta jurisprudencial unificada del Consejo de Estado y lo señalado en la sentencia C-448 de 1996 de la Corte Constitucional¹⁸, no procede la indexación de la sanción moratoria debido a la naturaleza sancionadora de esta, que *“penaliza la negligencia del empleador en la obligación de reconocer y pagar oportunamente las cesantías a sus empleados, que en términos monetarios constituyen sumas de dinero mayores a la actualización a valor presente”*. Ello sin perjuicio del ajuste a valor de la eventual condena en los términos del artículo 187 CPACA. Veamos:

“189. Ahora bien, esta situación debe ser mirada desde la óptica de ser una sanción que se causó al constituirse en mora y cesar con el pago de la cesantías, y ese contexto, la sentencia que la reconoce simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico.

190. Por ello, en juicio de la Sala para justificar la indexación de la sanción por mora en el pago de las cesantías, no es viable acudir al contenido del último inciso del artículo 187 del CPACA, según el cual, «Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el índice de precios al consumidor», pues en estricto sentido, la sentencia no reivindica ningún derecho ni obligación insatisfecha, erigiéndose como generadora de un beneficio económico para el demandante cuya única causa fue la demora en el pago de una prestación.

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”.

Por lo anterior se negará esta pretensión de la demanda.

3.- COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

Conforme el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia

¹⁷ Sentencia de unificación del Consejo de Estado, SUJ2-012-18 de 18 de julio de 2018 *“en lo referente a las cesantías parciales, la asignación básica para la liquidación de la sanción será la que devengue el servidor al momento de la causación de la mora, a diferencia de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las definitivas, que estará constituida por la devengada para la fecha de finalización de la relación laboral o el vínculo contractual, por ser la fecha en que se hace exigible tal prestación social”*

¹⁸...*Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella.”*

dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Bajo este lineamiento y teniendo en cuenta que no todas las pretensiones prosperaron, no se condenará en costas con fundamento en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P.

4.- DECISIÓN.

Por lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la nulidad del acto administrativo ficto producto del silencio administrativo negativo en relación con la petición elevada ante el secretario de Educación del departamento del Cauca, por medio del cual se niega la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías parciales que le fueran reconocidas a la señora OLGA AMPARO GIRONZA GALLARDO mediante la Resolución nro. 2572-11-2016 de 22 de noviembre de 2016.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho se condena a la Nación– Ministerio de Educación– Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar a la señora OLGA AMPARO GIRONZA GALLARDO, identificada con C.C. 25.482.215, la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales, consistente en un día de salario por cada día de retardo, en el periodo comprendido del 30 de agosto de 2016 y el 13 de marzo de 2018, es decir, por 561 días.

La liquidación de la mora de las cesantías parciales de la señora OLGA AMPARO GIRONZA GALLARDO se deberá realizar con la asignación básica diaria devengada en el año 2016, fecha de la causación de la mora.

TERCERO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas, según lo expuesto

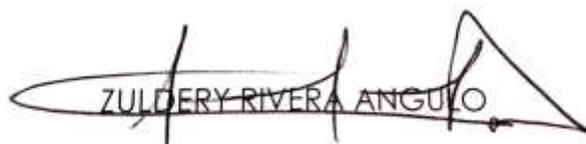
QUINTO: La NACION- MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTO: Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437. Para efectos de notificación se tendrán en cuenta los siguientes correos electrónicos: mapaz@procuraduria.gov.co; abogados@accionlegal.com.co; notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co; notjudicial@fiduprevisora.com.co; procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co;

SÉPTIMO: En firme esta providencia, entréguese copia con constancia de ejecutoria a la parte interesada, liquidense los gastos del proceso y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Jueza



Firmado Por:

Zuldery Rivera Angulo
Juez Circuito

SENTENCIA NREDE núm. 029 de 31 de marzo de 2022
EXPEDIENTE 190013333008- 2019 00008 00
ACTORA OLGA AMPARO GIRONZA GALLARDO
DEMANDADA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

**Juzgado Administrativo
008
Popayan - Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

8302e0b02bdd09859d76af6fcd7816db90bc05ff3c21713982008c049b5233cd

Documento generado en 31/03/2022 09:52:45 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**