



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, veintinueve (29) de enero de 2021

EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2019-00079-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: HORTENSIA DIAZ DE ABUETA
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

SENTENCIA núm. 011

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda.

La señora HORTENSIA DIAZ DE ABUETA, 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 26 de mayo 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 definitivas reconocidas mediante Resolución nro. 20161700028654 de 28 de marzo de 2016, proferida por la Secretaría de Educación del municipio de Popayán, sanción que se causó en el periodo 4 de julio a 15 de julio de 2016, tomando como base el salario devengado al momento de su pago; se ordene la reliquidación de las cesantías retroactivas, con la inclusión de todos los factores salariales devengados por la accionante, sumas que deberán ser debidamente actualizadas; se reconozca la indexación en el periodo de la sanción moratoria, conforme el IPC; se condene al pago de costas y agencias en derecho.

En síntesis, como base fáctica de las pretensiones, se afirmó que la docente laboró para la Secretaría de Educación del municipio de Popayán, que el 19 de febrero de 2016 solicitó el reconocimiento de las cesantías definitivas obteniendo en respuesta la Resolución nro. 20161700028654 de 28 de marzo de 2016, mediante la cual se le reconoció el valor de \$ 56.473.033, tomando como base el sueldo, prima de navidad, prima de alimentación, prima de servicios, prima de vacaciones.

El pago de las mencionadas cesantías se realizó efectivamente el 15 de julio de 2016, razón por la cual, ante el tardío pago solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria, sin embargo, la entidad guardó silencio a tal petición.

Como normas violadas se invocan los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25,29, 53, 58, 90, 95, 209, 230 y 315 de la Constitución Política; la Ley 1071 de 2006, la Ley 1285 de 2009 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 fundamentales a la igualdad, seguridad social y debido proceso, por cuanto el pago de la cesantía se realizó por fuera de los términos establecidos en la Ley 1071 de 2006.

Señala que conforme la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa, en el caso particular de la señora Díaz de Abueta, es procedente el reconocimiento de la indexación a partir de la fecha de presentación de la solicitud, y el pago de intereses de mora, desde la fecha de notificación del acto administrativo, hasta el pago efectivo de las cesantías.

1.2.- Contestación por parte de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Asistida de mandataria judicial, la Nación se opuso a las pretensiones de la demanda considerando que las cesantías reconocidas a la señora Hortensia Díaz de Abueta fueron canceladas dentro del términos establecidos en la Ley. Aclara que, pese a que ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 962 de 2005 consagran la figura de la sanción moratoria, acogiendo los parámetros de unificación de las altas cortes, se ha dado aplicación a la Ley 1071 de 2006.

Que, debido a problemas operativos de las entidades territoriales, se ha ocasionado tardanza en el cumplimiento de los términos para la expedición de los actos administrativos que reconocen las prestaciones de los docentes, y se atribuye dichas demoras en la remisión de la documentación y proyecto de acto administrativo, en la notificación y en la falta de presupuesto, considerando el poco tiempo con el cual se cuenta para el pago efectivo de la prestación. Sin embargo, señala que, pese a que en muchas oportunidades la tardanza es ocasionada por la entidad territorial, la mora va a recaer en el Ministerio de Educación.

De acuerdo con lo señalado, manifiesta que debe acreditarse qué entidad fue la que ocasionó la tardanza, puesto que reitera, no siempre es imputable a la Nación- Ministerio de Educación-FOMAG.

Propuso las excepciones que denominó: *“No comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”, “Culpa exclusiva de un tercero – aplicación Ley 1955 de 2019”, “improcedencia de la indexación de la sanción moratoria”* y la *“excepción genérica”*.

1.3.- Relación de etapas surtidas.

La demanda fue presentada el 21 de febrero de 2019, correspondiendo inicialmente al Juge Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, cuya titular del despacho, el 22 de marzo de 2019 declaró su impedimento, razón por la cual, fue remitida a este juzgado para su conocimiento. Se aceptó el impedimento y se admitió la demanda mediante auto interlocutorio núm. 353 de 6 de mayo de 2019, procediendo a su debida notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público.

La Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda dentro del término legal y se corrió traslado de las excepciones propuestas el 13 de marzo de 2020, sin pronunciamiento de la parte actora.

En virtud del Decreto 806 de 2020 y en atención a la emergencia sanitaria presentada, se procedió a correr traslado para presentar alegaciones finales a los sujetos procesales por escrito, mediante auto núm. 496 de 24 de agosto de 2020, difiriendo la excepción de no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios a la sentencia.

1.4.- Los alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

La mandataria judicial de la Nación presentó alegatos de conclusión de manera oportuna, y una vez señalada la naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, esto es, el pago de las prestaciones de los docentes, y consecuentemente, las obligaciones de la Fiduprevisora S.A., administrar los recursos y cumplir las obligaciones de orden legal y contractual, para reiterar, que, de acuerdo con las funciones legales asignadas a cada entidad que interviene en el trámite de reconocimiento de las cesantías de los docentes, en el caso preciso de la docente Díaz de Abueta, quien ocasionó dicho retardo fue la entidad territorial municipal, por lo cual, no puede sancionarse a la Nación, a través de la Fiduprevisora.

La apoderada de la parte accionante se sostuvo en los argumentos expuestos en la demanda, al considerar que la entidad demandada no cumplió con los términos previstos en la Ley 1071 de 2006, puesto que efectuó de manera tardía el pago de las cesantías de la docente Hortensia Díaz de Abueta, resaltando que de acuerdo con la fecha de presentación de la solicitud y de pago, se acredita una mora de 41 días.

Hizo referencia, además, a la obligatoriedad del precedente jurisprudencial, para señalar que se debe acatar la jurisprudencia de unificación de las altas cortes, respecto de la procedencia del pago de la sanción moratoria, por el pago tardío de las cesantías.

La Representante del Ministerio Público guardó silencio en esta instancia procesal.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Cuestión previa – excepción previa denominada “No comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”.

La apoderada de la Nación sostiene que es necesario vincular a la Secretaría de Educación Municipal como litisconsorte necesario por pasiva, en virtud de que era dicho organismo territorial el encargado de expedir y notificar el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías de la accionante y que sobre dicha entidad recaía la responsabilidad por mora en el pago de esa prestación social.

La figura del Litisconsorcio necesario se encuentra regulada en el artículo 61 del Código General del Proceso, aplicable a este proceso, en virtud del mandato del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, en los siguientes términos:

"Artículo 61. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio.

Quando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio”.

Respecto de la figura del Litisconsorcio necesario, el Consejo de Estado, ha dicho:

“Hay litisconsorcio necesario cuando el asunto objeto de conocimiento por parte de la jurisdicción reclama una decisión uniforme para todos los litisconsortes, titulares de la misma relación jurídica o del mismo acto jurídico que es objeto de controversia. Existen múltiples casos en los que varias personas deben obligatoriamente comparecer a un proceso, en calidad de demandantes o de demandados, siendo éste un requisito necesario para adelantar válidamente el proceso, dada la unidad inescindible de la relación de derecho sustancial en debate; de no integrarse la parte correspondiente con la totalidad de esas personas, se genera una nulidad de la actuación a partir de la sentencia de primera instancia inclusive, lo cual pone de presente que esta irregularidad sólo afecta la validez del proceso de la sentencia de primera instancia en adelante”¹.

“La Sala se detendrá sólo respecto a la integración del litis consorcio necesario. Esta integración tiene su razón jurídica de ser cuando en un proceso no están presentes todas las personas indispensables para fallar de fondo, cuando el juicio verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de todos (arts. 51 y 83 C. P. C). Se dice que la citación del litis consorte necesario después de admitida la demanda debe hacerse a citación del juez o de las partes o a solicitud de la persona que debiendo estar en el proceso no lo está, porque el artículo 83 en cita señala que, en caso de no haberse ordenado el traslado de la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas”².

Así las cosas, para poder determinar si se da lugar a la aplicación de la figura en mención es preciso establecer:

- La existencia de una única relación jurídica o de un acto jurídico respecto de los cuales existe pluralidad de sujetos.
- Que por la naturaleza de la relación jurídica debatida resulte imposible adelantar o concluir en el fondo el debate si no se encuentran presentes todas las personas que conforman esa relación sustancial.
- Cuando la sentencia solo puede dictarse útilmente frente a todos los partícipes de la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso, de modo tal que la eficacia de este se haya subordinada a la citación de estas personas.

Ahora, es necesario recordar que, para cumplir con las obligaciones de los educadores del sector público se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial encargada del pago de las prestaciones sociales que reconoce la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional. Las cesantías constituyen una prestación a cargo de la Nación, cuyo reconocimiento y pago es responsabilidad del citado Fondo al tenor del artículo 5 de la Ley 91 de 1989, función que puede delegar en las entidades territoriales de conformidad con el artículo 9 de esa misma normatividad.

¹ Nota de Relatoría: Ver auto del 8 de marzo de 2001.

² Consejo de Estado, SECCION TERCERA, Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ, Bogotá D. C., veintitrés (23) de enero de dos mil tres (2003). Radicación número: 52001-23-31-000-1999-1004-01(22901).

Entonces, por disposición legal el ente territorial interviene en el trámite administrativo como un canal facilitador para el reconocimiento de la prestación solicitada por los docentes, pues, aunque el Secretario de Educación territorial suscribe la resolución, ello lo hace en cumplimiento de las atribuciones legales y en representación de la Nación.

De esta manera se concluye que como los actos administrativos que reconocen y ordenan pagar las cesantías de los docentes requieren aprobación del administrador del Fondo, y son suscritos por el Secretario de Educación en virtud del acto de delegación, reflejan la voluntad de la Nación. Empero, la Ley 1955 de 2019, “*Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”*”, en su artículo 57, dispuso lo siguiente:

"ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

(...)

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. La entidad territorial será 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. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención”.

La citada ley empezó a regir a partir de su publicación, el 19 de mayo de 2019, y como quiera que en el presente asunto la solicitud de reconocimiento de las cesantías fue radicada en el año 2016, no se considera necesaria la vinculación de la entidad territorial. Por ende, se declarará no probada esta excepción.

2.2.- 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 HORTENSIA DIAZ DE ABUETA 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.

2.3.- 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 HORTENSIA DIAZ DE ABUETA 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, dentro del término de ley.

Igualmente, deberá considerarse si es procedente ordenar la reliquidación de las cesantías definitivas reconocidas a la accionante mediante Resolución nro. 20161700028654 de 28 de marzo de 2016, por la Secretaría de Educación del municipio de Popayán.

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 definitivas a la señora Hortensia Díaz de Abueta, conforme lo establece la Ley.

Por otra parte, no se accederá a la pretensión de reliquidación del valor de las cesantías definitivas reconocidas mediante Resolución nro. 20161700028654 de 28 de marzo de 2016, por considerarse se configuró la excepción de caducidad del medio de control.

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.

2.5.- Razones de la decisión.

PRIMERA: Lo probado en el proceso.

- A través de la Resolución nro. 20161700028654 de 28 de marzo de 2016, la Secretaría de Educación del municipio de Popayán reconoció y ordenó el pago de unas cesantías definitivas a favor de la señora Hortensia Díaz de Abueta, en virtud de la petición elevada el 19 de febrero de 2019.

En el mencionado acto administrativo se señaló que la señora Hortensia Díaz de Abueta laboró en el periodo comprendido entre 1° de septiembre de 1976 hasta 1° de octubre de 2015. Igualmente, que no se han reconocido cesantías parciales.

- De acuerdo con el desprendible de pago del banco BBVA, desde el 15 de julio de 2016 fueron depositados los recursos por concepto de nómina de cesantías, cuyo retiro tomó lugar el 19 de julio de ese mismo año, por valor de \$ 56.473.033.

- A través de la petición con radicado 2018PQR2186 de 26 de febrero de 2018 la accionante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria al tenor de la Ley 1071 de 2007 por el pago tardío de las cesantías definitivas.

Asimismo, solicitó la reliquidación de las cesantías definitivas reconocidas mediante Resolución nro. 20161700028654, considerando que no se tomó el valor correcto del salario, de acuerdo con el régimen aplicable a ella.

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 ley³ 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° de enero de 1990 y aquellos del orden nacional⁴. 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 2017⁵ 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."

3 "[...] 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. [...]"

4 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.

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

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 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 2018⁶, 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 expiden 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

⁶ 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.

dispuesto en la ley⁷ 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.

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 sustentación 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 vivienda⁸.
- ✚ 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 prestación⁹.
- ✚ 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 públicas¹⁰.

7 Artículo 69 CPACA.

8 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.

9 *Ibidem*.

10 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:

- ✚ 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)¹¹, sin perjuicio de lo previsto para los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro. En este caso, los docentes oficiales son servidores públicos¹².
- ✚ Aplicar este régimen garantiza el derecho a la seguridad social, a la igualdad y condición más beneficiosa de los docentes oficiales¹³.
- ✚ 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, 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. Igualmente, solicita la reliquidación de sus cesantías definitivas, considerando que no se tomó de manera correcta el valor del salario, teniendo en cuenta que aplica a ella el régimen de cesantías retroactivas.

Inicialmente, se resolverá respecto de la reliquidación de las cesantías definitivas, reconocidas mediante Resolución nro. 20161700028654 de 28 de marzo de 2016, por parte de la Secretaría de Educación del municipio de Popayán.

La jurisprudencia del Consejo de Estado de manera pacífica ha definido que el acto de reconocimiento y pago de cesantías cuando termina la relación laboral como un acto administrativo definitivo, mediante el cual el interesado conoce el régimen, el tiempo y los valores utilizados para hacer la liquidación de la misma, de tal forma que si se encuentra inconforme o en desacuerdo con ella, puede recurrirla ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo previo agotamiento de los recursos de la actuación administrativa, si a ello hubiere lugar.

«[...] 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. [...]».

11 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.

12 Sentencia de la Corte Constitucional SU 336-2017

13 *Ibidem*

El Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, radicación interna 0230-08, señaló sobre la naturaleza de las cesantías:

"Aspectos Previos. De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía, es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto".

Por tanto, en relación con las cesantías definitivas, el pronunciamiento de la administración al reconocerla y pagarla, está emitiendo un acto administrativo definitivo, cuyo control de legalidad está sometido a término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

El literal d), numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, dispone:

*"ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:
(...)
2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad
(...)
d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales; (...)"*

A juicio de este despacho, y si bien, no se tiene conocimiento de la fecha en que fue notificado personalmente el acto de reconocimiento de las cesantías, el valor reconocido por el municipio de Popayán mediante Resolución nro. 20161700028654 de 28 de marzo de 2016, fue cancelado el 15 de julio de 2016; por tanto, desde ese momento la señora Hortensia Díaz de Abueta, al no encontrarse de acuerdo con el valor reconocido, debió acudir ante la administración municipal, recurriendo el acto de reconocimiento o acudiendo ante la jurisdicción contencioso administrativa para solicitar la nulidad de dicho acto.

En dicha consideración, como no es procedente a través de una petición presentada por fuera de los 4 meses establecidos en el artículo 164, artículo 2, literal d) de la Ley 1437 de 2011, intentar revivir los términos fenecidos, puesto que el acto de reconocimiento de las cesantías cobró firmeza.

De acuerdo con lo señalado, no es procedente el estudio de legalidad del acto administrativo ficto o presunto, para ordenar la reliquidación de las cesantías definitivas reconocidas, reiterando que el acto administrativo que las reconoció se encuentra en firme, puesto que se configuró el fenómeno de caducidad del medio de control.

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 requisitos¹⁴.

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, 10¹⁵ días del término de 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.

Aterrizando 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 definitivas se presentó el 19 de febrero de 2016 y la prestación fue reconocida mediante Resolución nro. 20161700028654 de 28 de marzo de 2016, cuando los 15 días hábiles para hacerlo fenecieron el 12 de marzo de 2016.

14 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 [...]»*

15 «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.»

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 5 de junio de 2016, pero solo se puso a disposición el 15 de julio de 2016 según se desprende del recibo emitido por el banco BBVA.

Así las cosas, la moratoria tuvo lugar entre el 6 de junio de 2016 y el 15 de julio de 2016, es decir, por 40 días.

En cuanto al fenómeno de la prescripción, se analizará a la luz del artículo 151¹⁶ 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 2016¹⁷ y que ha sido reiterada posteriormente como en providencia de 6 de diciembre de 2018¹⁸, 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.

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 26 de febrero de 2018 y la fecha de presentación de la demanda fue el 21 de febrero 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 Hortensia Díaz de Abuela 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 finalización de la relación laboral o contractual por tratarse de las cesantías definitivas¹⁹.

Conforme a la pauta jurisprudencial unificada del Consejo de Estado y lo señalado en la sentencia C-448 de 1996 de la Corte Constitucional²⁰, no procede indexación de la sanción moratoria debido a la naturaleza sancionadora de ésta, 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*

16 «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.»

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

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

19 Incluso al momento de resumir las consideraciones expuestas en la sentencia de unificación respecto del salario que debía tenerse en cuenta para liquidar la sanción moratoria, el Consejo de Estado reseñó el siguiente cuadro:

Incluso, en el análisis del caso concreto, en dicha providencia se concluyó: *“En cuanto a la asignación básica para la liquidación de la sanción, como se expuso en precedencia, se aplica la regla fijada en esta sentencia y por ende, será la correspondiente a la fecha en que finalizó la relación laboral del demandante, por ser el momento a partir del cual se hizo exigible el reconocimiento de las cesantías definitivas, esto es, la devengada en el año 2012”.* (Se destaca)

20 *“...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.”*

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 las 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 de la Ley 1437 de 2011, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Respecto a las agencias en derecho, siguiendo la pauta del Consejo de Estado y acogiendo lo dispuesto por el Tribunal Administrativo del Cauca, se fijarán agencias en derecho, para lo cual es preciso hacer remisión a lo dispuesto por el Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, así como al numeral 3 del artículo 366 del CGP, en el equivalente al 0.5 % de la condena impuesta en esta sentencia.

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 probada de oficio la excepción previa de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, respecto de la pretensión de reliquidación de las cesantías definitivas, por lo expuesto.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción de “improcedencia de la indexación de la sanción moratoria”, propuesta por la Nación- Ministerio de Educación- FOMAG, por lo expuesto.

TERCERO: Declarar NO probada la excepción de “Culpa exclusiva de un tercero – aplicación Ley 1955 de 2019”, propuesta por la Nación- Ministerio de Educación- FOMAG, según lo expuesto.

CUARTO: Declarar la nulidad del acto administrativo ficto producto del silencio administrativo negativo en relación con la petición elevada ante el Secretario de Educación del municipio de Popayán, por medio del cual se niega la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías definitivas que le fueran reconocidas a la señora HORTENSIA DIAZ DE ABUETA mediante la Resolución nro. 20161700028654 de 28 de marzo de 2016.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho se ordena a la Nación– Ministerio de Educación– Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar a la señora HORTENSIA DIAZ DE ABUETA, identificada con C.C. 41.491.763, la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías definitivas, consistente en un día de salario por cada día de retardo, en el periodo comprendido del 6 de junio al 15 de julio de 2016, por 40 días.

La liquidación de la mora de las cesantías definitivas de la señora DÍAZ DE ABUETA se deberá realizar con la asignación básica diaria devengada en el año 2015, fecha de finalización de la relación laboral.

SEXTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: La NACIÓN- 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.

OCTAVO: Se condena en costas a la parte vencida en juicio, las cuales se liquidarán por Secretaría.

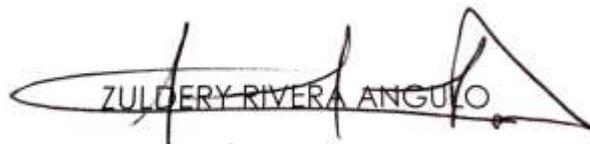
Las agencias en derecho se fijan en el 0.5 % del valor de las pretensiones reconocidas, según lo expuesto en esta providencia.

NOVENO: NOTIFICAR esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo señalado en el artículo 295 del Código General del Proceso y el artículo 8 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020.

DÉCIMO: En firme esta providencia entréguese copia de la misma a la parte interesada para los efectos pertinentes, ello a la luz del artículo 114 del Código General del Proceso y archívese el expediente. Por secretaría liquidense los gastos del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Jueza

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'ZULDERY RIVERA ANGULO', written over a horizontal line.

Firmado Por:

**ZULDERY RIVERA ANGULO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 008 ADMINISTRATIVO POPAYAN**

SENTENCIA NREDE núm. de 011 de enero de 2020
EXPEDIENTE 19-001-33-33-008-2019- 00079- 00
ACTORA HORTENSIA DIAZ DE ABUETA
DEMANDADA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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:

c10aca5991ba6873213d693400c86ac8b602e32a4e1c59a50c6262732d8cc7d9

Documento generado en 29/01/2021 08:53:31 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**