

*República de Colombia*  
*RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO*



*TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA*

PONENTE: Mag. ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA

Ibagué, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Demandante:** HENRY FORERO SIERRA  
**Demandado:** FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO Y OTRO  
**Radicación:** 73001-33-33-007-2018-00085-01  
**Interno:** 00411 -2019

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la **sentencia** proferida por el **Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibagué el 14 de febrero de 2019**, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, no observándose nulidad alguna que invalide lo actuado dentro del presente medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **HENRY FORERO SIERRA** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**.

**ANTECEDENTES**

El señor **HENRY FORERO SIERRA**, actuando por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presentó demanda con la finalidad de obtener mediante sentencia judicial un pronunciamiento favorable sobre las siguientes:

**DECLARACIONES Y CONDENAS**

Que se declare la nulidad del **Oficio No SAC2017EE11453 del 11 de octubre de 2017**, mediante el cual el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA en representación del MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de **cesantías definitivas**, establecida en la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, la cual se configuró en su sentir desde el **07 de julio hasta el 17 de septiembre de 2015, en calidad de docente nacional, con régimen de cesantías anualizadas**.

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

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: HENRY FORERO SIERRA  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO  
Radicación: 73001-33-33-007-2018-00085-01  
Interno: 00411-19

2

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

Que se condene en costas a la entidad demandada.

El anterior *petitum*, conforme lo revela el examen del expediente, en los siguientes:

### HECHOS

**PRIMERO:** El señor **HENRY FORERO SIERRA**, se desempeñó como docente nacional, adscrita a la planta de personal del DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, laborando en la Institución Educativa Nuestra Señora del Carmen del municipio de Líbano – Tolima.

**SEGUNDO:** Mediante petición elevada el día **19 de marzo de 2015**, el señor HENRY FORERO SIERRA solicitó el reconocimiento y pago de las **cesantías** que le corresponden por sus servicios prestados como docente nacional de la Institución Educativa Nuestra Señora del Carmen del municipio de Líbano - Tolima

**TERCERO:** De acuerdo con los antecedentes de la petición allegados, el delegado del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio impartió aprobación a la solicitud efectuada por la demandante con fecha **11 de junio de 2015**.

**CUARTO:** El reconocimiento y pago de las cesantías solicitadas se efectuó mediante la Resolución No. 5280 del 14 de agosto de 2015, notificada al docente el 20 de agosto de 2015.

**QUINTO:** El pago de las cesantías parciales reconocidas se efectuó mediante consignación en la cuenta bancaria de la demandante realizada el día **17 de septiembre de 2015**, según certificación expedida por la Fiduprevisora SA.

**SEXTO:** Con fecha 20 de septiembre de 2017 y por intermedio de apoderado, el demandante solicitó ante la Secretaría de Educación Departamental el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, la cual fue resuelta en forma negativa mediante **Oficio No SAC: 2017EE11453 del 11 de octubre de 2017**.

**SÉPTIMO:** Por esa razón, la parte actora acude al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para impugnar el oficio de respuesta antes mencionado, y obtener el reconocimiento y pago de la citada sanción moratoria a título de restablecimiento del derecho.

### NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Se señalan como normas violadas:

Ley 91 de 1989, artículos 5, 9 y 15  
Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2  
Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5  
Decreto 2831 de 2005

Luego de transcribir apartes de las normas anotadas, sostiene que la finalidad del legislador, al prever un término perentorio para la liquidación de las cesantías parciales

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: HENRY FORERO SIERRA  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO  
Radicación: 73001-33-33-007-2018-00085-01  
Interno: 00411-19

3

y definitivas de los beneficiarios de esas normas, consiste en garantizar que la administración expida el correspondiente acto de liquidación de las cesantías y efectúe su cancelación de manera oportuna, evitando retardos innecesarios.

Agrega que, de conformidad con la situación fáctica presentada, es claro que el espíritu de la ley está siendo burlado por la entidad accionada, como quiera que está cancelando la prestación con posterioridad a los setenta (70) días hábiles después de haber realizado la petición de la misma, evadiendo así la protección de los derechos del trabajador, razón por la que debe accederse a la sanción moratoria solicitada, al materializarse como medio para resarcir los daños causados que corresponde proteger oportunamente.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**

Mediante apoderado judicial, se opone a las pretensiones de la demanda, aduciendo que carecen de asidero jurídico constitucional, legal y reglamentario, que indique su procedencia y su prosperidad respecto a dicho ente territorial (Fls. 74-80).

Como sustento de sus argumentos de defensa, formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, aduciendo que al ente territorial que representa no le corresponde responder por lo que eventualmente se llegara a determinar en concepto de restablecimiento del derecho, toda vez que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es el encargado de cancelar la prestación objeto de debate, dentro de un trámite en el que la Secretaría de Educación solo es una entidad intermediaria encargada de desarrollar unas actividades en representación de la entidad del nivel nacional, por lo que reitera que no está llamada a responder por lo pretendido en el sub lite.

Asimismo, propuso la excepción denominada legalidad del acto administrativo acusado, señalando que el acto administrativo objeto de reproche se expidió por la autoridad competente, conforme las normas aplicables al asunto y en acatamiento del derecho de audiencia y defensa. Precisó que la disposición normativa contenida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 fue el soporte legal del acto acusado, en consecuencia, el término perentorio con el que cuenta la entidad demandada para cancelar las cesantías pretendidas, son 45 días hábiles a partir de la firmeza del Acto administrativo que reconoce y liquida la prestación social.

Por lo tanto, el plazo para cancelar las cesantías definitivas del demandante por parte de la entidad demandada fenecía el 9 de noviembre de 2015, pero el pago por dicho concepto se efectuó el 17 de septiembre de 2015, por lo cual no se configuró sanción por mora por el pago extemporáneo de la prestación social solicitada.

Planteó adicionalmente como excepciones de mérito las que denominó *Ausencia de culpa del Departamento, genérica y prescripción*

### **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

De acuerdo con la constancia secretarial vista a folio 81 del plenario, guardó silencio.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: HENRY FORERO SIERRA  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO  
Radicación: 73001-33-33-007-2018-00085-01  
Interno: 00411-19

4

## SENTENCIA RECURRIDA

El **Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibagué**, mediante sentencia proferida el **14 de febrero de 2019**, declaró probadas la excepción propuesta por el Departamento del Tolima respecto a su legitimación en la causa, declaró la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. SAC2017EE11453 de 11 de octubre de 2017, que negó al señor HENRY FORERO SIERRA, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006.

A título de restablecimiento del derecho, condenó a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reconocer y pagar a favor del señor HENRY FORERO SIERRA, un día de salario por cada día de retardo por concepto de sanción moratoria, desde el 7 de julio de 2015 al 16 de septiembre de 2015, liquidada con la asignación básica devengada por el demandante durante la vigencia del año 2014.

A su vez, negó la pretensión tendiente a que se condene a la entidad demandada a indexar la suma resultante de la sanción moratoria, conforme lo preceptuado en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 y condenó en costas de esa instancia a la entidad demandada, fijando por concepto de agencias en derecho el valor equivalente al 6% de las pretensiones de la demanda.

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

En primer término, señaló que está probado que el señor HENRY FORERO SIERRA hace parte de la planta de personal docente del Departamento del Tolima y prestó sus servicios en la Institución Educativa Nuestra Señora del Carmen del municipio de Líbano, como docente de aula del orden nacional, que goza del régimen anualizado de cesantías y en tal virtud, tiene derecho a que sus cesantías sean reconocidas y pagadas conforme lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, so pena de que se cause a su favor la sanción moratoria consagrada en el parágrafo del artículo 5 en mención, tal como expresamente lo señalan las sentencias de unificación proferidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Descendiendo al caso concreto, indicó que se acreditó que el 19 de marzo de 2014, el demandante radicó ante la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima una solicitud de pago de cesantías definitivas como consecuencia del retiro del servicio, prestación que le fue reconocida mediante Resolución 5280 de 5 de mayo de 2015 la cual le fue notificada el 14 de agosto de 2015 y que el valor por dicho concepto le fue pagado el 17 de septiembre de 2015.

Con base en lo anterior, el juzgado de instancia señaló que efectuado el cómputo de los términos con los que contaba la entidad demandada para expedir el acto administrativo de reconocimiento de la prestación y realizar el correspondiente pago, se advierte que incurrió en mora en el pago de las cesantías definitivas solicitadas por el demandante durante el periodo comprendido entre el 07 de julio de 2015 y el 16 de septiembre de 2015, generándose una mora de 51 días.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: HENRY FORERO SIERRA  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO  
Radicación: 73001-33-33-007-2018-00085-01  
Interno: 00411-19

5

Precisó que, para liquidar la sanción moratoria, deberá tenerse en cuenta la asignación básica devengada por el demandante para el momento del retiro del servicio (31/12/2014) y no la del año de configuración de la mora.

Resaltó finalmente que, aunque nada se señaló sobre la prescripción en la sentencia de unificación de 18 de julio de 2018 proferida por el Consejo de Estado, en sentencia de 15 de febrero de 2018 dictada por la Sección Segunda del máximo Tribunal Contencioso, se indicó que la sanción moratoria no es accesoria a la prestación de las cesantías, si bien se causa en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento ni hacen parte de él, debido a que su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento del deber legal consagrado a cargo del empleador que llegue a inobservar la fecha en que debe efectuarse el pago de esa prestación.

Teniendo en cuenta lo anterior y conforme la previsión legal contenida en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, la Juez de instancia precisó que, en el caso del demandante, como la sanción moratoria finalizó el 17 de septiembre de 2015, es decir, el día que se efectuó el pago y la reclamación administrativa fue radicada el 20 de septiembre de 2017, no había transcurrido el termino de 3 años dispuesto en la norma para que opere la prescripción del derecho.

### IMPUGNACIÓN

Mediante apoderado judicial, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada el 14 de febrero de 2019 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué, inconforme con el periodo de tiempo reconocido por el A quo en concepto de sanción moratoria.

Adujo al respecto que el pago de la indemnización moratoria causada por el pago tardío de las cesantías definitivas del demandante corresponde al periodo comprendido entre el 7 de julio de 2015 y el 6 de septiembre de 2015, que equivale a 69 días de mora y no a 51 días como lo determinó el A quo, atendiendo a los términos del parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Por tal razón, solicita la revocatoria parcial de la sentencia apelada, específicamente en lo ordenado en su numeral tercero, modificando el periodo de tiempo reconocido por concepto de sanción moratoria a 69 días.

### TRÁMITE DE LA IMPUGNACIÓN

Mediante auto del 27 de mayo de 2019, por reunir los requisitos legales, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida el **14 de febrero de 2019**, por el **Juzgado Séptimo Administrativo de Ibagué**.

Con providencia del 15 de julio de 2019 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público respectivamente, para alegar de conclusión, oportunidad procesal intervinieron la parte demandante y el Departamento del Tolima.

En providencia calendada el 17 de octubre de 2019 (fl. 183, cuaderno principal del expediente digital), la Sala decretó prueba de oficio consistente en requerir a la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, para que allegue copia íntegra del expediente administrativo que dio origen a la expedición de la Resolución

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: HENRY FORERO SIERRA  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO  
Radicación: 73001-33-33-007-2018-00085-01  
Interno: 00411-19

6

5280 de 14 de agosto de 2015, por medio de la cual se reconoció y ordenó pago de sus cesantías definitivas al demandante.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**

Mediante apoderada judicial, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en relación con la falta de legitimación en la causa por pasiva del ente territorial que representa.

Precisó que, de la lectura del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 y de la jurisprudencia aplicable al asunto, para efectuar el computo de la sanción moratoria, debe definirse la fecha en la que adquirió firmeza el acto administrativo de reconocimiento de la prestación, para contabilizar los 45 días que disponía el FOMAG para efectuar el pago correspondiente.

Finalmente, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda o en su defecto, se condene únicamente al FOMAG.

### **PARTE DEMANDANTE**

El apoderado de la parte demandante, luego de reiterar la normatividad y jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre el asunto, insistió en que el periodo de tiempo por concepto de sanción moratoria que debe reconocerse a favor de su representado corresponde a 69 días de mora, por lo que resulta procedente atender de manera favorable su pedimento.

Encontrándose el proceso en estado de decidir, a ello se procede, para lo cual se hacen las siguientes,

## **CONSIDERACIONES**

### **COMPETENCIA**

Conforme al artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida por el **Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibagué**, el **14 de febrero de 2019**, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

En el presente asunto consiste en establecer si el demandante, en calidad de docente adscrito al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y beneficiario del régimen de cesantías anualizado, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, modificada y subrogada por la Ley 1071 de 2006, por el reconocimiento y pago tardío de sus cesantías definitivas y, en caso afirmativo, cual es el periodo sobre el cual debe causarse dicha sanción.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: HENRY FORERO SIERRA  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO  
Radicación: 73001-33-33-007-2018-00085-01  
Interno: 00411-19

7

## TESIS DE LA SALA

La postura de la Sala mayoritaria consiste en afirmar que, conforme lo establecido en la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son empleados públicos y, en consecuencia, son beneficiarios de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006. De igual manera, y en cumplimiento de lo señalado en la mencionada sentencia de unificación, considera la Sala mayoritaria que tal sanción se causa y debe liquidarse en la forma y términos señalados en ella.

## FUNDAMENTOS DE LA TESIS DE LA SALA

La Sala prescinde del análisis jurídico que corresponde, tendiente a determinar si los docentes oficiales regulados por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, son destinatarios de lo previsto en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 en el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales, especialmente en lo relacionado con sanción moratoria, por cuanto dicha discusión fue zanjada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio del 2018<sup>1</sup>, en la que consideró frente a dicho asunto, entre otras cosas, lo siguiente:

*77. De acuerdo con lo señalado, la Sala de Sección concluye en primer lugar, que conforme a la soberanía que reside en el pueblo y del cual emana el poder público, cuya manifestación se materializó a través de la Constitución Política, no puede existir ninguna categoría jurídica de empleado público que no se origine en la norma superior.*

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

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

*80. Y finalmente, en atención al régimen especial laboral de los educadores que prestan sus servicios al Estado, cuya vinculación al servicio se efectúa a través de concurso público, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como el ascenso, la permanencia y el retiro se encuentran regulados a través de la **carrera***

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sección segunda. MP Sandra Lisset Ibarra Vélez. 18 de julio de 2018. Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-2015). Demandante: Jorge Luis Ospina Cardona. Demandada: FOMAG.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: HENRY FORERO SIERRA  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO  
Radicación: 73001-33-33-007-2018-00085-01  
Interno: 00411-19

8

**administrativa** prevista por el Estatuto de Profesionalización Docente contenido en el Decreto 1278 de 2002, se establece que su relación laboral es de carácter legal y reglamentaria.

81. Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público 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; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

82. Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional.”

En relación con el reconocimiento de la sanción moratoria a los docentes, en la misma sentencia, la Sección Segunda del Consejo de Estado estableció las siguientes reglas jurisprudenciales, frente al conteo del término para su configuración y los parámetros para la fijación del monto a reconocer por tal concepto:

[...] . En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

3.5.1 **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 el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. 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 ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento 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.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el 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.

Demandante: HENRY FORERO SIERRA

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO

Radicación: 73001-33-33-007-2018-00085-01

Interno: 00411-19

**3.5.3 Sentar jurisprudencia** señalando que, 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.

**3.5.4 Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.

Para una mayor ilustración, la referida providencia resumió las distintas hipótesis que se podían plantear al momento del reconocimiento de la sanción moratoria de la siguiente manera:

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal <sup>2</sup>	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto

<sup>2</sup> Se consideran los supuestos de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 Demandante: HENRY FORERO SIERRA  
 Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO  
 Radicación: 73001-33-33-007-2018-00085-01  
 Interno: 00411-19

ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

Antes de analizar la situación fáctica de la demandante, para establecer, si en este caso se configuró la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías solicitadas, el suscrito ponente aclara, en posición que no es compartida por la Sala mayoritaria, que no se zanjó dentro de dicha sentencia de unificación, la discusión respecto de la aplicación estricta del principio de legalidad en la determinación de esta sanción moratoria por ser una norma del derecho sancionatorio en el que dicho principio resulta fundamental, específicamente en cuanto al momento que marca el inicio de la sanción moratoria, frente a lo cual, la sentencia anotada se alejó sin mayor sustento, de la enunciación textual de la norma y en cuanto a su causación, en el que la sentencia estableció un término teórico, sin respaldo procedimental acudiendo a la inaplicación retroactiva del Decreto 2831 de 2005 cuyas normas se encontraban vigentes aún después de su incorporación en la compilación efectuada a través del Decreto Único Reglamentario del Sector educación No. 1075 de 2015, hasta que a raíz de la anotada sentencia de unificación se dispuso su modificación mediante el Decreto 1272 de 2018. No obstante, atendiendo al carácter de precedente del que esa sentencia se encuentra revestida, se acatan sin más sus directrices en relación con la forma de determinar dicha sanción moratoria y con la aplicabilidad de estas normas a las cesantías de los docentes.

### CASO CONCRETO

Conforme con el material probatorio obrante en el expediente, frente al trámite dado a la solicitud de retiro de cesantías elevada por la parte actora, se encuentran acreditados los siguientes fundamentos facticos, los cuales se resumen en el presente cuadro explicativo:

Presentación de solicitud de retiro de cesantías ante la Secretaría de Educación Territorial	<b>19 de marzo de 2015</b>	Fl. 14 cuaderno prueba de oficio
Fecha de estudio y aprobación por parte del FOMAG	<b>11 de junio de 2015</b>	Fl. 14 cuaderno prueba de oficio

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 Demandante: HENRY FORERO SIERRA  
 Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO  
 Radicación: 73001-33-33-007-2018-00085-01  
 Interno: 00411-19

Expedición de reconocimiento y pago de las cesantías por la Secretaría de Educación	Resolución de pago de las cesantías por la Secretaría de Educación	<b>14 de agosto de 2015</b>	Fl. 10-11 cuaderno prueba de oficio
Notificación de reconocimiento y pago de las cesantías	Resolución de pago de las cesantías	<b>20 de agosto de 2015</b>	Fl. 13 cuaderno prueba de oficio
Pago del valor de las cesantías		<b>17 de septiembre de 2015</b>	Fl 6 cuaderno digitalizado principal

Establecido lo anterior, para la Sala efectivamente, entre la fecha de radicación de la solicitud de las cesantías y la fecha de pago, trascurrieron más de los setenta días que se establecen en la Sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado como término permisible para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas solicitadas por el personal docente, el cual, una vez cumplido, da lugar a la configuración de la sanción moratoria a la que se hace referencia en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

En efecto, advierte la Sala que el demandante radicó la petición de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías definitivas el **19 de marzo de 2015**, por lo tanto, los 70 días con los que contaba la administración para proferir el acto administrativo de reconocimiento de la cesantía solicitada, para notificarlo y para pagar su valor, vencieron el día **07 de julio de 2015**, es decir, que a partir del **8 de julio de 2015**, empezó a generarse la sanción moratoria a razón de un día de salario por cada día de retardo en su cancelación y como dicho pago se efectuó el día **17 de septiembre de 2015**, se concluye que se causaron 71 días de mora.

En síntesis, la mora se configuró de la siguiente manera:

Desde	Hasta	Días de Mora
08 de julio de 2015	16 de septiembre de 2015	71 días

Precisa también esta colegiatura que, como la reclamación en sede administrativa, orientada al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria se radicó el **20 de septiembre de 2017** (fls. 9 a 11 cuaderno principal expediente digitalizado), lo reconocido no está afectado por el fenómeno de prescripción, comoquiera que transcurrió un término inferior a tres años desde la fecha en que se hizo exigible la obligación y aquella en que se radicó la petición en sede administrativa.

Así las cosas, para la Sala, la decisión dictada por el A quo, en la que consideró procedente acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, ordenando el reconocimiento y pago a título de sanción moratoria de un día de salario por el pago tardío de las cesantías de la parte actora durante el periodo comprendido entre **el 08 de julio de 2015 y el 16 de septiembre de 2015**, con base en la asignación básica

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: HENRY FORERO SIERRA  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO  
Radicación: 73001-33-33-007-2018-00085-01  
Interno: 00411-19

12

devengada por el demandante en la anualidad de 2014, último año de prestación de sus servicios, es acertada, advirtiendo no obstante que durante el periodo de tiempo en el que se causó la sanción moratoria, se generó una mora correspondiente a 71 días.

En ese orden de ideas, la sentencia proferida el 14 de febrero de 2019, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué, en la que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, se confirmará parcialmente, modificando el numeral tercero en el sentido de precisar que la mora configurada entre el 8 de julio de 2015 y 16 de septiembre de 2015, equivale a 71 días de mora, la cual se liquidará teniendo en cuenta la asignación básica devengada por el demandante en la anualidad del año 2014, correspondiendo la suma de \$6.418.256.00, conforme las razones expuestas en precedencia.

Por último, teniendo en cuenta que se confirma de manera parcial la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y se ordena el reconocimiento y pago a favor de la parte demandante de una sanción moratoria por la demora en el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas, considera la Sala pertinente remitir copia de ésta providencia a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para que inicien las investigaciones a que haya lugar, en relación con las posibles irregularidades en las que pudieron incurrir las autoridades encargadas del pago de las cesantías a la accionante y que hubiera podido causar daño al patrimonio público, como lo ha venido realizando el Consejo de Estado, advirtiendo no obstante que las entidades mencionadas han venido dando cumplimiento, en la mayoría de los casos, al plazo previsto para el nacimiento de la sanción moratoria en la Ley (artículo 5 de la Ley 1071 de 2006), aun cuando desconozcan en su accionar los términos previstos a nivel jurisprudencial, lo que en principio y atendiendo a la prevalencia del principio de legalidad en materia sancionatoria, tornaría inocua la compulsión de copias que se ordena.

## **COSTAS**

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que, 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 de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso.

De conformidad con lo anterior, se observa que el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso dispone que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

De acuerdo con la composición de las costas, según el artículo 361 del CGP, están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho. En lo que respecta a las agencias en derecho, el Consejo de Estado ha sostenido que estas deben ser fijadas atendiendo la posición de las partes, y en aplicación a las tarifas contempladas en los acuerdos 1887 de 2003 y 10554 de 2016 expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, según sea el caso,

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: HENRY FORERO SIERRA  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO  
Radicación: 73001-33-33-007-2018-00085-01  
Interno: 00411-19

13

resaltando que el mismo ordenamiento jurídico advierte que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas.

Visto lo anterior, la Sala se abstendrá de condenar en costas de segunda instancia en el presente asunto, teniendo en cuenta que prosperan parcialmente las pretensiones del recurso de apelación interpuesto y en virtud de la gestión realizada por la entidad demandada a lo largo del proceso.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida por el **Juzgado Séptimo Administrativo de Ibagué el 14 de febrero de 2019** mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, conforme lo esbozado en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el **numeral tercero** de la sentencia apelada, en el sentido de precisar que la mora configurada entre **el 8 de julio de 2015 y 16 de septiembre de 2015**, equivale a 71 días de mora, la cual se liquidará teniendo en cuenta la asignación básica devengada por el demandante en la anualidad del año 2014, correspondiendo la suma de \$6.418. 256.00, conforme las razones expuestas en precedencia.

**TERCERO: ABSTENERSE DE CONDENAR** en costas de segunda instancia, de acuerdo con las razones expuestas en precedencia.

**CUARTO:** Remitir copia de esta providencia a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, a fin de que se inicien las investigaciones a que haya lugar, en relación con las posibles irregularidades en las que pudieron incurrir las autoridades encargadas del pago de las cesantías a la demandante, por el posible detrimento del erario.

**QUINTO:** Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, realizando las anotaciones de rigor y dejando las constancias correspondientes en el sistema "Siglo XXI".

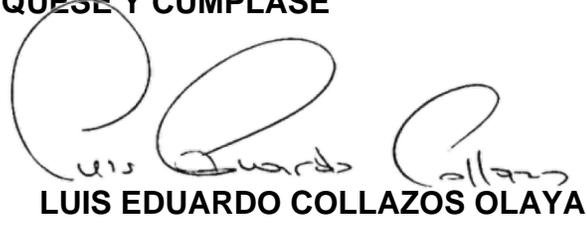
En cumplimiento de las medidas de aislamiento preventivo decretadas por el Gobierno nacional para evitar la propagación del COVID 19, esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión mediante la utilización de medios electrónicos

### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS**



**LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA**



**ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA**