



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA**

Tunja, dos (02) de junio dos mil veinte (2020)

**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**DEMANDANTE: JULIO ROBERTO HERNÁNDEZ BECERRA**

**DEMANDADO: NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -  
FNPSM**

**RADICACIÓN: 150013333001 2018-00095 00**

### **I.- MEDIO DE CONTROL**

Procede el Juzgado a proferir decisión que en derecho corresponde, una vez agotado el trámite de instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada, mediante apoderado, por el señor JULIO ROBERTO HERNÁNDEZ BECERRA, en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FNPSM<sup>1</sup>.

### **II. SÍNTESIS DEL CASO**

A través de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho pretende el demandante se declare la nulidad del acto ficto o presunto por medio del cual se negó la solicitud radicada el 22 de julio de 2016 en la que pretendía el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria por la supuesta mora en el pago de la cesantía parcial, correspondiente a un día de salario por cada día de mora por fuera de los 70 hábiles siguientes a la radicación de la petición de reconocimiento de dicha prestación.

### **III. ANTECEDENTES**

#### **1. Pretensiones.**

Pretende la parte actora que se declare nulidad del acto ficto o presunto, por la falta de respuesta a la petición radicada el 22 de julio de 2016, por medio del cual se negó la solicitud de reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria por el supuesto demora en el pago de las cesantías.

A título de restablecimiento, solicita que se ordene a la demandada expedir el acto en donde le reconozca, liquide y pague sanción moratoria, consistente en un (1) día de salario por cada día de retardo, según las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

---

<sup>1</sup> Fl. 1-

Se condene al pago de la indexación de las sumas reconocidas.

Así mismo, al pago de los derechos que surjan como consecuencia de la inaplicabilidad del artículo 142 y ss del C.P.A.C.A. y al pago de costas y agencias en derecho (fls. 2 y 3).

## **2.- Fundamentos Fáticos**

En resumen, los hechos en los cuales se fundan las pretensiones de la parte demandante son:

Que el demandante radicó el 25 de enero de 2013 solicitud de reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías parciales y/o definitivas.

Por medio de la Resolución No. 008212 del 18 de diciembre de 2013 la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de una cesantía.

Que el valor reconocido en la Resolución anterior, le fue cancelado el 11 de abril de 2014.

Que radicó el 22 de julio de 2016 solicitud de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Que a la fecha no le han dado respuesta a la anterior petición (fls. 3 y 4).

## **3.- Normas violadas y concepto de violación.**

El apoderado del demandante indicó como fundamento de sus pretensiones Constitucionales: artículos 1, 2, 4, 5, 6, 29 y 53. Legales: artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Manifestó que la entidad demandada superó los términos establecidos en las normas legales por lo que se generó el derecho a la indemnización y su consecuente reconocimiento y pago de la sanción moratorio de acuerdo al salario devengado al momento de la causación.

## **IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El apoderado de la entidad demandada **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** en su escrito de contestación (fls.33 a 46), manifestó que de conformidad con la descentralización del sector educativo plasmada en la Constitución Política de Colombia y desarrollada en la Ley 60 de 1993 y 715 de 2001, se trasladaron las funciones de administrar recursos a las entidades territoriales, por lo cual la entidad demandada perdió facultad como ente nominador en materia educativa.

Refirió que en materia de cesantías para el sector docente, la Ley 91 de 1989 y su Decreto Reglamentario 2831 de 2005 estableció el régimen especial para el pago de las mismas, excluyendo a sus destinatarios a la aplicación de otros regímenes como el consagrado en la Ley 244 de 1995, entre otras.

Señaló que la Ley 91 de 1989 facultó al Ministerio de Educación Nacional para celebrar un contrato de fiducia mercantil cuyo objeto es la administración del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual fue suscrito con la Fiduciaria La Previsora S.A., quedando en cabeza de aquella su administración y en consecuencia quien responde por los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines.

Propuso como excepciones la *“Vinculación del litisconsorte”*, *“Falta de Legitimidad por Pasiva”* y *“Prescripción”*.

## V. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 29 de junio de 2018 ante la Oficina de Servicios para los Juzgados Administrativos de Tunja, correspondiéndole su trámite a este despacho (fl.9 y 21).

La demanda fue admitida mediante auto de fecha **23 de agosto de 2018** (fls.23 y 24).

Por auto del **09 de mayo de 2019**, se fijó fecha a fin de realizar audiencia inicial, para el día 26 de junio del mismo año (fl. 61).

La audiencia inicial se llevó a cabo el día y la hora indicada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en la cual se decretó la práctica de pruebas de oficio, y se fijó fecha para la audiencia de pruebas para el día 21 de agosto de 2019 (fl. 63-67 y CD visto a folio 68).

Se llevó a cabo audiencia de pruebas, durante la cual se ordenó a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación de la misma (fls.171, 172 y CD visto a folio 173).

## VI. DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

### 1. Excepciones previas (Artículo 180-6 CPACA)

En el asunto sub examine en los folios 64 y 65 (audiencia inicial), se observa que la entidad demandada propuso las excepciones denominadas *“Vinculación del Litisconsorte”*, *“Falta de legitimidad por pasiva”* y *“Prescripción”*.

En cuanto a la primera excepción, el Despacho negó la prosperidad de la excepción planteada, como quiera que de un lado las entidades territoriales

si bien elaboran y remiten el proyecto de reconocimiento y la Fiduciaria es la encargada de aprobar el mismo y de manejar los recursos, es el Fondo Nacional de Prestaciones quien tiene la función legal de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio y quien, ante una eventual condena tendría que responder.

Frente a la denominada “*Falta de Legitimidad por Pasiva*”, se indicó que se analizaría el fondo del asunto.

Por último, respecto de la “*prescripción*”, el Despacho consideró que en razón a su naturaleza se resolvería resolverse con la decisión de fondo.

Contra las decisiones adoptadas en esta etapa del proceso no se presentaron recursos (fl. 65).

## **2. Fijación del litigio (Artículo 180-7 CPACA)**

En el presente caso a folio 66 y CD visto a folio 68 en la audiencia inicial, se fijó el litigio respecto al problema jurídico en los siguientes términos:

*“(...) determinar si el señor **JULIO ROBERTO HERNÁNDEZ BECERRA** tiene derecho al reconocimiento y pago de una sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales en los términos de la Ley 1071 del 2006.”*

De dicha decisión quedaron notificadas las partes en estrados, no se presentaron recursos (fl. 66).

## **VII. AUDIENCIA DE PRUEBAS Y ALEGACIONES FINALES**

### **1. Audiencia de Pruebas.**

Los días 21 de agosto y 20 de noviembre de 2019 se surtió la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA, con el fin de recaudar las pruebas decretadas en audiencia inicial

### **2. Alegatos de conclusión.**

**2.1. La entidad demandada**, no hizo manifestación alguna.

**2.2. La parte demandante**. Guardó silencio.

**2.3 El agente del Ministerio Público** no se pronunció.

## **VIII. CONSIDERACIONES.**

### **1. Competencia.**

De conformidad con el numeral 2 del artículo 155 del CPACA, los jueces administrativos son competentes para conocer en primera instancia de

controversias que se susciten con ocasión al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral en los que se controviertan actos administrativos, cuando su cuantía no exceda cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

## 2. Problema jurídico

Corresponde al Despacho determinar si al señor JULIO ROBERTO HERNÁNDEZ BECERRA tiene derecho al reconocimiento y pago de una sanción moratoria por el supuesto pago tardío de sus cesantías parciales en los términos de la Ley 1071 de 2006.

## 3. De las excepciones.

### 3.1. De la falta de legitimidad por pasiva

Considera el Despacho que, observando lo señalado por el Consejo de Estado en providencia del 14 de febrero de 2013<sup>2</sup>, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones a los docentes oficiales en el que, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece el docente peticionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones a los docentes oficiales.

Así mismo, en sentencia de fecha 8 de junio de 2017<sup>3</sup>, ese mismo Alto Tribunal señaló:

**“Si bien la fiduciaria es la encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, cabe advertir que es a éste último a quien a través de la secretaria de educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación pretendida por el docente o sus beneficiarios, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.”**

*El objeto de la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar<sup>4</sup> una serie de trámites que se adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación, dada la evidente complejidad que ello entrañaba, circunstancia que **en***

<sup>2</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda. Radicado No. 2500023250002010001073 01 (1048-12). M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE.

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Radicado No. 17001-23-33-000-2013-00575-01(4374-14)

<sup>4</sup> Cita propia de la providencia: “(...) Así puede verse en su mismo epígrafe en el cual se señala: “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.(...)”.

**ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 de la precitada ley, el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.”**

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, esta judicatura declarará infundada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la **Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

En relación a la **prescripción** se analizará en la medida que prosperen las pretensiones de la demanda.

#### **4. Análisis Probatorio**

Antes de realizar la descripción puntual del material probatorio recaudado en el proceso, es menester recordar algunas reglas que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha elaborado respecto a las formalidades y valoración de los elementos de convicción en los procesos de competencia de esta jurisdicción.

En cuanto a la valoración de los documentos aportados en copia simple, el artículo 246 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece:

*“ARTÍCULO 246. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.*

*Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.”*

En consecuencia, se dará mérito a las documentales aportadas en tal condición, dado que los antecedentes procesales revelan que no existe controversia entre los justiciables respecto a este tópico.

#### **5. Relación de los medios de prueba relevantes.**

Obran en el expediente los siguientes medios de prueba documentales:

- El señor JULIO ROBERTO HERNÁNDEZ BECERRA solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías parciales (para ampliación o reparación de vivienda) a la entidad demandada el día 25

de enero de 2013, tal como lo indicó en la demanda (fl.8) y en el texto de la Resolución No.008212 del 18 de diciembre de 2013 (fl. 80).

- Mediante la Resolución No. 008212 del 18 de diciembre de 2013 (fls.80-82) el FOMAG le reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial al señor JULIO ROBERTO HERNÁNDEZ BECERRA, por la suma de \$7.709.960, acto que fue notificado al demandante el 17 de enero de 2014.
- Según copia del comprobante de transacción expedido por el Banco BBVA (fl.167 y 168), el valor abonado el 04 de noviembre de 2014 según Resolución No. 008212, le fue pagado el **11 de abril de 2014**.
- Derecho petición radicado el 22 de julio de 2016, por medio del cual el demandante solicitó al FOMAG el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías conforme a lo establecido en el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006, en razón a un día de salario por cada día de mora. (fls.8 a 10).
- Certificado de salarios devengados del demandante y cesantía liquidada de los años 2003-2011, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá (fls. 110 a 118).
- Expediente administrativo del señor JULIO ROBERTO HERNÁNDEZ BECERRA (fls. 79-134).
- Copia del trámite dado a la solicitud de sanción moratoria del actor por parte de la Secretaría de Educación de Boyacá, entidad que remitió entre otras solicitudes la del demandante al Director de prestaciones Económicas de la Fiduprevisora S.A. el 02 de agosto de 2016 (fls.137-142).

## 6. Asunto previo: de la existencia de acto ficto negativo

Como quiera que el apoderado de la parte demandante dentro de las pretensiones de la demanda plantea la existencia de un acto ficto como consecuencia de la falta de respuesta respecto a la petición radicada el 22 de julio de 2016, y del cual pretende se declare su nulidad, procede el Despacho a verificar si en efecto se configuró dicho fenómeno, recordando que el silencio administrativo se configura *ope legis* o por ministerio de la ley y es una consecuencia jurídica que opera por el transcurso del tiempo, sin que el interesado sea notificado de una respuesta a la petición formulada ante la administración.

En efecto el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011, respecto al silencio administrativo negativo dispone:

**“Art. - 83. Silencio negativo. *Trascurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa.***

**En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión (...).”(negrilla y subrayas fuera de texto).**

En este caso, no se evidenció dentro del proceso respuesta alguna por parte de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a la petición radicada ante la Secretaría de Educación el **22 de julio de 2016** (fls.08 a 10) mediante el cual se solicitó el reconocimiento a la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía; por tanto, hay lugar a declarar la configuración del silencio negativo en relación con la petición antes enunciada.

## **7. Marco normativo.**

### **7.1. Sanción por mora en el pago de la cesantía de los servidores públicos.**

La indemnización por mora en el pago de la cesantía de los servidores públicos fue establecida mediante la Ley 244 de 1995<sup>5</sup>, como una sanción a cargo del empleador moroso y en favor del trabajador, estableciendo en los artículos 1, 2 y 3 lo siguiente:

*“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías parciales, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal 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 informárselo al penitencionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.*

*Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo”.*

*“Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

*Parágrafo.- En caso de mora en el pago de las cesantías 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 éste.”*

Posteriormente la Ley 244 de 1995 fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, que en sus artículos 2º y 5º precisó su ámbito de aplicación así:

*“Artículo 2. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del*

---

<sup>5</sup> “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.



*Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro”.*

*(...)*

**“Artículo 5°.** *Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías parciales 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 parciales o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.”*  
*(Subrayado y resaltado fuera de texto).*

Según la norma en cita, son destinatarios de la indemnización todos los servidores públicos del Estado, con la salvedad establecida en el artículo 5 respecto al Fondo Nacional del Ahorro.

La anterior ley distinguió entre el término para el reconocimiento de la cesantía (art. 4º) y el término para el pago oportuno de la misma (art. 5º), así:

**“Artículo 4°.** *Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías parciales o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*

**Parágrafo.** *En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.*

*Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo”.*

**“Artículo 5°.** *Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías parciales 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 parciales o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada*

*día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.”*

En virtud de las normas antes citadas, se deduce que los términos son perentorios para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores públicos, y en caso de mora, estableció a título de sanción, a cargo de la Administración y a favor del trabajador, un día de salario por cada día de retardo en el pago de la referida prestación.

Como se desprende de las referidas disposiciones, la entidad empleadora, o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de la prestación, cuenta con un plazo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud para expedir el acto de reconocimiento.

## **7.2. Régimen legal del pago de las cesantías de los docentes**

Los docentes se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989<sup>6</sup>, norma que en su articulado no señaló nada sobre la sanción por la mora en la cancelación de dicha prestación social. De igual manera, la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, consagran términos diversos al previsto en el sistema general, por lo que en principio, no es razonable exigir a las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas ni a la Fiduciaria La Previsora S.A., el cumplimiento del plazo señalado en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, en la medida en que las normas aplicables de manera excepcional a los afiliados al FOMAG consagraron términos diversos e inclusive más extensos, y adicionalmente, el legislador no contempló en ellas, tal penalidad. Inclusive se cuestionó la condición de “empleados públicos” de los docentes, para ser destinatarios del régimen normativo de la sanción moratoria. Por lo tanto, en los administradores de justicia surgió el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad.

## **7.3. Reglas jurisprudenciales.**

### **7.3.1. Criterios jurisprudenciales sobre la aplicación de la Ley 244 de 1995 a los docentes oficiales.**

Respecto de la aplicación de lo establecido en la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, a los docentes vinculados con el Estado, en específico en relación al reconocimiento y pago de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, el Consejo de Estado ha tenido criterios disimiles. En efecto, en algunas ocasiones se ha señalado que el régimen especial de los docentes no consagró el reconocimiento de la sanción moratoria y por lo tanto no es procedente

---

<sup>6</sup> Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

acceder a este derecho en el caso de tales servidores<sup>7</sup>. En otras oportunidades, el Órgano Vértice de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ha optado por reconocer la sanción moratoria en el caso de los docentes, como lo hizo en sentencia del 14 de diciembre de 2015<sup>8</sup>.

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia SU-336 de 2017<sup>9</sup>, se pronunció acerca de los diferentes criterios que al respecto ha planteado el Consejo de Estado para negar o conceder el reconocimiento de esa sanción, indicando que debe haber uniformidad de las decisiones adoptadas por los jueces para que los ciudadanos tengan certeza sobre el ejercicio de sus derechos, y se debe garantizar la seguridad jurídica y la igualdad en las actuaciones judiciales. En dicha sentencia, el órgano de cierre en relación con el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías de los docentes oficiales dijo que:

**“Es preciso recordar que esta Corporación ha señalado en sede de control abstracto 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.** Sobre el particular, ha reconocido que según se desprende de su propia naturaleza y del régimen legal que les es aplicable, podrían considerarse como notas características del trabajo de los docentes oficiales: (i) el hecho de pertenecer a la rama ejecutiva y cumplir dentro de ella una tarea típicamente misional respecto de la función que compete a las Secretarías de Educación de las entidades territoriales y, en su momento, al Ministerio de Educación Nacional; (ii) se encuentran sujetos a un régimen de carrera y su vinculación se produce por efecto de un nombramiento, que en consecuencia da lugar a lo que el derecho administrativo conoce como una relación legal y reglamentaria; y (iii) por esas mismas razones, los educadores estatales no podrían ser considerados trabajadores oficiales.

La Corte ha considerado, además, **que en tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies de servidores públicos, deben ser considerados como 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.**

Bajo esa línea de argumentación **se entiende que la tesis que acepta el reconocimiento de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías a**

<sup>7</sup> Sobre este criterio pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias:

- Consejo de Estado. Sentencia del 29 de noviembre de 2007. R: 73001-23-31-000-2001-02988-01(2271-05). M.P.: JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE. Consejo de Estado. Sentencia del 9 de julio de 2009. R: 76001-23-31-000-2004-01655-01(0672-07). M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. Consejo de Estado. Sentencia del 19 de enero de 2015, R: 73001-23-33-000-2012-00226-01(4400-13). M.P.: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Radicación No: 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14) M.P.: GERARDO ARENAS MONSALVE

<sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017. M.P.: IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

**favor de los docentes estatales con sustento el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sigue los lineamientos adoptados por la Corte Constitucional y, por tanto, está acorde con los pronunciamientos jurisprudenciales que sobre la materia ha emitido este Tribunal**” (Subrayado y resaltado fuera de texto)

En jurisprudencia de unificación el Consejo de Estado<sup>10</sup>, en relación con el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías de los docentes indicó:

**“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.

**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.

(...)

**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.

**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 llegar a tales conclusiones, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo consideró desde el punto de vista Constitucional y legal, que los docentes son considerados empleados públicos teniendo en cuenta los siguientes criterios: (i) prestan un servicio público esencial a cargo del Estado –Nación y entidades territoriales- en virtud del principio de la descentralización administrativa, (ii) su vinculación se realiza 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 Y (iii) la permanencia y el retiro se encuentran regulados a través de la carrera administrativa prevista por el Estatuto de Profesionalización Docente contenido en el Decreto 1278 de 2002, se establece que su relación laboral es de carácter legal y reglamentaria.

<sup>10</sup> Consejo de Estado. 18 de julio de dos 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

Con fundamento en lo anterior, el Consejo de Estado determinó que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995<sup>11</sup> y 1071 de 2006<sup>12</sup>, 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 la sentencia de unificación señalada.

Conforme con lo resuelto por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, este Despacho considera que la intención o voluntad del legislador, al proferir la Ley 1071 de 2006, no era la de excluir a los docentes oficiales sino equipararlos a los demás servidores públicos. De manera que en atención a la finalidad del legislador de establecer un término perentorio para la protección de la prestación social – cesantías, no existe contradicción alguna para aplicar la Ley 1071 de 2006 a los docentes, quienes conforme a la Carta Política y los referentes jurisprudenciales citados son servidores públicos.

## 8. Caso en concreto

En primer lugar ha de indicarse que el régimen aplicable a la liquidación del auxilio de cesantía del demandante no fue objeto de debate en este proceso, tanto así que la sanción moratoria cuya aplicación se solicita es la dispuesta en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006; por lo que a efectos de determinar si le asiste al demandante el derecho al pago de la sanción moratoria solicitada, se le tendrá como beneficiario del régimen anualizado de cesantías<sup>13</sup>.

Ahora bien, como se advirtió en los hechos probados, el demandante radicó la solicitud de cesantías parciales el **25 de enero de 2013**, siendo reconocida dicha prestación hasta el 18 de diciembre de 2013 por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 008212 en la misma fecha. La suma correspondiente al reconocimiento de la cesantía parcial sólo le fue pagada hasta el 11 de abril de 2014 como lo indicó el demandante (fl. 4) y según certificación del Banco BBVA (fls.167 y 168).

Así mismo se advierte a folios 13-17 que el demandante radicó solicitud de reconocimiento y pago de sanción por mora en el reconocimiento de las cesantías el 22 de julio de 2016, ante la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que remitió entre otras

<sup>11</sup> «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

<sup>12</sup> «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

<sup>13</sup> Julio R. Hernández Becerra, fue vinculado como docente el 19 de enero de 1998 por lo que de conformidad con el artículo 15 de la ley 91 de 1989 pertenece al régimen de cesantías anualizadas y actualmente labora como docente con el Departamento de Boyacá en la Institución Educativa sede principal Plinio Mendoza Neira, Toca – Boyacá fls. 130-132.

solicitudes la del actor a la Fiduciaria la Previsora S.A. el 02 de agosto de 2016 (fls. 139-142) frente a la cual no hubo pronunciamiento alguno por parte de la entidad demandada por lo que se configuró silencio administrativo negativo.

Ahora bien, para efectos de contabilización de la mora en los eventos en que la administración no reconozca en tiempo las cesantías, es procedente la sanción moratoria, la cual corresponde a un día de salario por un día de retraso; al respecto el Consejo de Estado<sup>14</sup> ha dicho:

*“Sobre la contabilización de la mora por el pago tardío de la cesantía, ya se anotó que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, en los eventos en que la administración no se pronuncie frente a la solicitud de pago del auxilio de cesantía, **o lo haga en forma tardía, dicha situación no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso, razón por la cual, en tales casos, la moratoria debe contabilizarse a partir de la fecha de la solicitud, pues en caso contrario, se estaría avalando el retardo injustificado de la administración en proferirlo, desconociendo los motivos que el legislador tuvo para la consagración de esta sanción.**” (Resaltado y subrayado fuera de texto)*

En jurisprudencia de unificación del 18 de julio de 2018<sup>15</sup>, el Consejo de Estado, en relación al cómputo de término para el pago de cesantías señaló:

*“En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas– o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, **de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento** (Art. 4 L. 1071/2006<sup>16</sup>), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011<sup>17</sup>) [5 días si la*

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Radicación Número: 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14) M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE.

<sup>15</sup> Consejo de Estado. 18 de julio de dos 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18. Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

<sup>16</sup> «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

[...]

Artículo 4. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.»

<sup>17</sup> «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.

*petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51<sup>18</sup>], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006<sup>19</sup>.*

*(...)*

***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.” (Resaltado fuera de texto)

Ahora bien, es necesario advertir que según oficio 1.2.512-30 del 24 de septiembre de 2013 - hoja de revisión 1149259 (fl. 104), una de las razones por las cuales la entidad se retardó en hacer efectivo el reconocimiento y pago de la cesantía parcial del demandante fueron inconsistencias en el certificado de tiempo de servicios, sin embargo dicha decisión fue proferida con posterioridad al término establecido para solicitar documentación como lo establece el artículo 17 de la Ley 1755 de 2015<sup>20</sup>, vigente a partir del 30 de junio de 2015, la norma en mención sustituye los artículos 13 a 33 del C.P.A.C.A. y reguló todo lo relacionado con el derecho de petición.

Por lo que considera el Despacho que se tendrá en cuenta el **25 de enero de 2013** como fecha para establecer si hay lugar o no mora en la entidad en realizar el reconocimiento y pago de la cesantía parcial (fl.133) y como el

---

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.»

<sup>18</sup> «Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

[...]

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

[...]

<sup>19</sup> «Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.»

<sup>20</sup> «Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo».

«Artículo 17. Peticiones incompletas y desistimiento tácito. En virtud del principio de eficacia, cuando la autoridad constate que una petición ya radicada está incompleta o que el peticionario deba realizar una gestión de trámite a su cargo, necesaria para adoptar una decisión de fondo, y que la actuación pueda continuar sin oponerse a la ley, requerirá al peticionario dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de radicación para que la complete en el término máximo de un (1) mes.

A partir del día siguiente en que el interesado aporte los documentos o informes requeridos, se reactivará el término para resolver la petición.

(...)»

acto de reconocimiento se expidió el 18 de diciembre de ese mismo año (fl.80 a 82), no cabe duda que la entidad lo hizo en forma tardía, puesto que transcurrieron más de quince (15) días entre la radicación de la solicitud y la expedición del acto.

Como en el presente asunto, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantía parcial el 25 de enero de 2013, la entidad contaba para expedir la resolución correspondiente, hasta el **15 de febrero de ese año** (15 días); sumados los 10 días de ejecutoria toda vez que la petición se presentó en vigencia del CPACA<sup>21</sup> (01 de marzo de 2013), es a partir de dicha fecha empiezan a contar los 45 días hábiles que trata el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006.

En consecuencia la contabilización de la mora deberá iniciar a partir del vencimiento de los términos fijados en la ley para la expedición del acto de reconocimiento y el pago de la prestación, esto es 70 días hábiles los cuales deben contarse desde la radicación de la solicitud, con lo cual se tiene que en el sub examine la entidad demandada incumplió no solo el termino para expedir el correspondiente acto de reconocimiento de cesantías sino el plazo para su pago, en tanto que el mismo debió realizarse **el 09 de mayo de 2013**, pero tan solo se llevó a cabo hasta el **11 de abril de 2014** (como lo indicó el Banco BBVA fls. 167 y 168).

De manera que, dando aplicación a los referentes jurisprudenciales y legales citados sin más reparos se llega a la conclusión que en el caso puesto a consideración debe ordenarse el reconocimiento y pago de sanción por mora prevista por la Ley 1071 de 2006 **desde el 10 de mayo de 2013** (fecha siguiente a cumplirse el plazo legal) **hasta el 10 de abril de 2014** (día anterior al pago de la prestación adeudada).

<sup>21</sup> **“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.**

*Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.*

*El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.*

*Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.”*

**“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. **ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.***

*Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.*

*Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.”*



Finalmente se dirá que la entidad demanda no desvirtuó el incumplimiento de los términos fijados en la Ley 1071 de 2006 para el reconocimiento y pago de la cesantía parcial del actor, razón por la cual, es responsable de la sanción moratoria por el retardo de **335 días** en el pago de la cesantía parcial del actor, reconocida mediante la Resolución No. 008212 del 18 de diciembre de 2013. Sobre el conteo de los días que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la sanción moratoria, se tomaran los días calendario y no los hábiles, ello conforme a un reciente pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Boyacá que sobre este punto señaló que para la sanción moratoria no era aplicable lo establecido en el artículo 70 del Código Civil sobre los plazos de días, que cuando no se dijera expresamente que son calendario se entendería que son hábiles, en tanto cuando se hace referencia a dicha sanción no se habla del vencimiento de un plazo o el acaecimiento de un término. Respecto a este punto, el Tribunal señaló lo siguiente:

*“(...) No obstante, ha de indicar la Sala que la referida normatividad hizo alusión a los plazos concedidos en las normas, y estos, son entendidos como el tiempo legal o contractual establecido para que se produzca un efecto jurídico, verbi gracia, la entidad demandada contaba con 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, situación que no se predica de la sanción moratoria, pues allí no puede hablarse del vencimiento de un plazo o del acaecimiento de un término.*

*Al efecto, cuando venció el plazo con que contaba la entidad para pagar las cesantías, incurrió en mora, consistente en un día de salario por cada día de retardo, entendiendo que el día de salario es el percibido por el empleado, que para el caso lo devengaba por los 30 días del mes sin distinguir entre hábiles e inhábiles.*

*Ahora bien, la sanción moratoria aquí discutida garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social y bajo dicha perspectiva no es dable pensar que durante los días feriados y festivos la entidad no está en mora, una vez se constituye la misma, así permanece hasta el día de su pago sin distinguir días hábiles o feriados, porque se reitera, no se trata de un plazo ni de un término sino de una sanción, y los días de salario incluyen festivos y feriados. (...)”<sup>22</sup>*

Por consiguiente, en el evento que no se declare probada la excepción de prescripción, el Despacho declarará la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo generado elevado por el actor el 22 de julio de 2016, por medio del cual la entidad demandada negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía parcial, y como consecuencia de lo anterior, se ordenará que, a título de restablecimiento del derecho la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES

<sup>22</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Decisión No. 2. Providencia del 27 de noviembre de 2019. Proceso No. 15001333300120170012501. M.P.: LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA.

SOCIALES DEL MAGISTERIO, proceda a reconocer un día de salario por cada uno de los **335 días** de mora acreditados en el pago de las cesantías del demandante.

## 9. De la indexación

La parte convocante solicita que las sumas adeudadas sean indexadas, a lo cual ha de precisarse que por expresa disposición legal y jurisprudencial, ello implicaría una doble condena sobre una sola obligación, motivo por el cual en criterio de este Despacho, indexación e intereses moratorios no pueden ser concomitantes, al respecto el Consejo de Estado en sentencia de unificación<sup>23</sup>, señaló lo siguiente:

*“Finalmente, en la sentencia del 17 de noviembre de 2016<sup>24</sup>, la Subsección A nuevamente reafirmó que son improcedentes los ajustes a valor presente de la sanción moratoria, « [...] debido a que la indemnización moratoria en una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria».*

*(...)*

*De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una **penalidad** económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.*

*185. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.*

*(...)*

***De acuerdo con lo anterior, las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.*** (Subraya y negrilla fuera del texto)

En virtud de lo anterior, no puede ordenar la indexación de las sumas liquidadas que resulten a favor del demandante, por cuanto no puede condenarse simultáneamente al pago de esta y la sanción por mora, pues si bien ambas operan en caso de mora en el pago de un derecho.

<sup>23</sup> Consejo de Estado. 18 de julio de dos 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

<sup>24</sup> Radicación 1520-14.

Aclarando lo anterior, si bien, no hay lugar a ordenar la indexación o actualización de las sumas resultantes producto de la sanción moratoria, desde el momento de su causación hasta el pago efectivo de las cesantías; por lo que no puede condenarse simultáneamente al reconocimiento de la indexación y la sanción por mora.

Por último, se condenará a la administración a pagar los intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en el artículo 192 del CPACA.

## 10. De la prescripción.

Establecido el derecho que le asiste al demandante, se torna procedente abordar el estudio de la excepción de prescripción, frente a lo cual vale la pena traer a colación un pronunciamiento efectuado al respecto por el Consejo de Estado en sentencia de unificación<sup>25</sup>, en las que señaló:

*“Corolario de lo expuesto, la Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente.*

*(...)*

*La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral”.*

En reciente providencia el Tribunal Administrativo de Boyacá<sup>26</sup> al pronunciarse respecto de la sanción moratoria que se causa por el retardo en el pago de las cesantías advirtió que se pierde el derecho a cuando una vez sufragada la prestación trascurren más de 3 años sin reclamarla y anotó lo siguiente:

*“A juicio de esta Sala una lectura sistemática de la jurisprudencia acabada de reseñar permite las siguientes conclusiones:*

- i) La sanción moratoria, está sujeta a prescripción **total o parcial**, que ocurre **si no se reclama dentro de los tres años siguientes al momento en que se cumple el plazo para el pago de las cesantías.***
- ii) La sanción moratoria tiene **carácter periódico**, en tanto se causa día a día, hasta tanto se satisfaga el pago de la cesantía.*
- iii) La prescripción puede ser **total o parcial dependiendo del momento en que la cesantía sea pagada.***
- iv) Cuando la cesantía se paga **luego de tres años**, ello no implica que cese la sanción legal.*

<sup>25</sup> Consejo de Estado, providencia de 25 de agosto de 2016. Radicación No 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16. C.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.

<sup>26</sup>Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia del 27 de febrero de 2020. Radicado No. 157593333001 2018 00119- 01. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

- v) *En el anterior evento, la petición de reconocimiento de la sanción, suspende la prescripción, a la luz del **artículo 151 del CPT, sin perjuicio de la porción prescrita.***

(...)

*Al efecto, la Sala debe precisar que la caducidad y la prescripción son dos figuras jurídicas distintas. En efecto, la caducidad comprende el término legal para el ejercicio del medio de control respectivo de manera que al no promoverse oportunamente se produce el fenómeno de la caducidad<sup>27</sup>.*

*Ésta — la caducidad - ocurre por la inactividad del interesado **en acudir oportunamente a los medios judiciales** previstos por el legislador, en consecuencia constituye una garantía para la seguridad jurídica y el interés general<sup>28</sup> y su incumplimiento lo presume la ley como la falta de interés del demandante en el impulso de dichos medios; de manera que su vencimiento hace imposible intentar la acción.*

*Mientras que la prescripción se predica de la pretensión, esto es, al derecho mismo sujeto a debate y constituye el término específico establecido por ley para adquirirlo o extinguirlo.*

(...)

*Por último, cabe recordar que la jurisprudencia de dicho Tribunal de Cierre señaló que la sanción moratoria es un derecho autónomo, de cuya naturaleza claramente se evidencia que **es una prestación de carácter periódico, ya que se causa por cada día de retardo en el pago de las cesantías definitivas** hasta cuando se efectúe la cancelación de estas, por lo que **solo se perderá el derecho a obtenerla cuando una vez sufragado la prestación, transcurran más de 3 años sin reclamarla.***

Pues bien, en el caso concreto y como quedo explicado en líneas anteriores el periodo durante el cual se causó la sanción moratoria va desde el **10 de mayo de 2013** (día siguiente del vencimiento del plazo legal – 70 días, para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales) hasta el **10 de abril de 2014** (día anterior a aquel en que se efectuó el pago de la prestación). Por lo tanto, la sanción moratoria debe reclamarse desde que esta se hizo exigible, es decir después de los 70 días de radicada la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales – en vigencia del CPACA.

Como se señaló antes entre el **10 de mayo de 2013** y el **10 de abril de 2014** se dio la mora en el pago de la cesantía parcial. De este modo, el término de los 3 años previsto para reclamar el pago respectivo sin que operara el fenómeno extintivo, vencía inicialmente el 10 de mayo de 2016, como la petición en tal sentido se realizó el 22 de julio de 2016 transcurrieron más de 3 años por lo que la porción de la sanción moratoria anterior al 22 de julio de 2013 prescribió. Razón por la cual este Despacho declarará probada parcialmente la excepción de Prescripción propuesta por la parte demandada frente a la mora en el pago de la cesantía parcial, pero únicamente por las

<sup>27</sup> Artículo 169 del CPACA.

<sup>28</sup> Para mayor ilustración ver: DEVIS ECHANDIA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial ABC, 1981, tomo 1, p. 10. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial Temis 2000, p. 460.

porciones diarias de sanción del periodo comprendido entre el 10 de mayo al 21 de julio de 2013.

Por otro lado, como el demandante presentó petición solicitando el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías (fls. 8-10) el 22 de julio de 2016, con ella interrumpió la prescripción. De manera que, el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de sanción por mora prevista por la Ley 1071 de 2006 **desde el 22 de julio de 2013 hasta el 10 de abril de 2014**; es decir, que la entidad convocada es responsable de la sanción moratoria por el retardo de **263 días** en el pago de la cesantía parcial del actor.

El Despacho considera oportuno precisar que, para efectos del cálculo de la sanción moratoria se tomará la **asignación básica diaria** devengada por la demandante en el año **2013** por ser la que se encontraba vigente **al momento de la causación de la mora**, ello en acatamiento a los lineamientos de la sentencia de unificación jurisprudencial del 18 de julio del 2018<sup>29</sup>, así como los pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Boyacá en torno al acatamiento del precedente jurisprudencial que sobre este aspecto ha establecido el Consejo de Estado en la sentencia antes citada<sup>30</sup>.

Conforme a lo expuesto, estableciéndose que la entidad demandada deberá pagar por sanción moratoria a favor del demandante teniendo en cuenta asignación básica para el año 2013, la condena se liquidará de la siguiente forma: asignación básica diario para el año 2013 \* el total de días en mora (334).

## 11- Costas.

De conformidad con lo establecido en providencia proferida por el Consejo de Estado<sup>31</sup>, el Despacho se abstendrá de condenar en costas y agencias en derecho, en la medida en que no se avizora conducta temeraria o

---

<sup>29</sup> En la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, ya antes citada, sobre el salario que se debe tener en cuenta para calcular la sanción moratoria se señaló lo siguiente:

*"(...) 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. (...)"*

<sup>30</sup> Por ejemplo, Tribunal Administrativo de Boyacá, sentencia del 27 de noviembre de 2019, dentro del Proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho No. 15001 3333 001 2017 00125 00, en la que se señaló lo siguiente:

*"(...) En consecuencia, toda vez que los pronunciamientos de unificación son de obligatorio acatamiento, y que en igualdad de condiciones esta corporación ha venido fallando tales controversias, modificará la decisión del a quo quien indicó que debe tenerse en cuenta el concepto de salario, el cual incluye tanto la asignación básica como el valor del trabajo suplementario y el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio y en general todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, para en su lugar, tener en cuenta la asignación básica diaria como base de liquidación de la sanción reconocida. (...)"*

<sup>31</sup> Consejo de Estado, providencia de 20 de agosto de 2015, Radicado No 7001233300020120001301 (1755-2013), C.P. DRA. Sandra Lisseth Ibarra Vélez.

malintencionada de parte de los involucrados en la contienda, sumado a que de conformidad con lo previsto en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, no aparece prueba en el expediente sobre la causación de gastos y costas en el curso del proceso.

## IX. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

## X. FALLA:

**PRIMERO: DECLÁRAR** infundada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por la entidad demandada, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de prescripción alegada por el apoderado de la entidad demandada frente a la mora comprendida entre el 10 de mayo al 21 de julio de 2014, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**TERCERO: DECLARAR** que en el presente asunto ha operado el silencio administrativo negativo frente a petición presentada por el señor JULIO ROBERTO HERNÁNDEZ BECERRA el día 22 de julio de 2016 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO: DECLARAR** la nulidad del acto ficto resultante del silencio administrativo negativo, surgido de la reclamación efectuada por el demandante el 22 de julio de 2016 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual se negó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía parcial, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

**QUINTO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condena a *la* NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reconocer y pagar al señor JULIO ROBERTO HERNÁNDEZ BECERRA identificado con la C.C. No.6.776.789, *a título de sanción moratoria, un día de salario por cada día de mora en el pago de la cesantía parcial, por el periodo comprendido desde el 22 de julio de 2013 hasta el 10 de abril de 2014, teniendo en cuenta el salario diario devengado para el año 2013.*

**SEXTO:** La cantidad líquida que se reconozca como consecuencia de la condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia como lo prevé en inciso 3º del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

**SÉPTIMO:** La NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dará cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

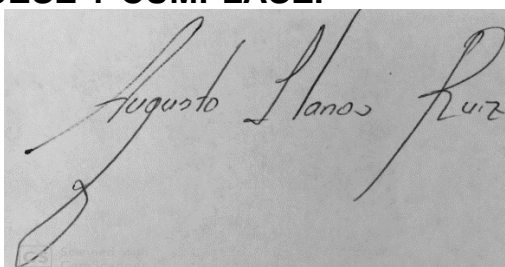
**OCTAVO:** Negar las demás pretensiones de la demanda

**NOVENO:** Sin costas.

**DÉCIMO:** **Notifíquese** esta providencia a las partes haciéndose saber que los términos para su control e impugnación siguen suspendidos hasta tanto el Consejo Superior de la Judicatura disponga lo contrario (artículo 5.5 del Acuerdo PCSJA20-11556 del 22 de mayo de 2020).

**DÉCIMO PRIMERO:** Una vez en firme esta providencia archívese el expediente. Expídase copia auténtica a la parte demandante con la constancia de ser primera copia y prestar mérito ejecutivo conforme a lo establecido en el artículo 114 del C.G. del P., aplicable por remisión expresa del art. 306 del C.P.A.C.A., previa cancelación del respectivo arancel judicial<sup>32</sup>. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones y anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**AUGUSTO LLANOS RUIZ**  
**JUEZ**

Sentencia Nulidad y Restablecimiento del Derecho No. 150013333001201800095-00

---

<sup>32</sup> Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura: "Acuerdo No PSAA16-10458 de febrero 12 de 2016. "Por el cual se actualizan los valores del Arancel Judicial en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo..."