JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA –
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Audiencia inicial - Artículo 180 C.P.A.C.A.
Acta No. 155 – 2018
Sala de Audiencias N°14

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-**2015-000393-**00
Demandante: GILMA HERNÁNDEZ DE VEGA
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
Tema: Sanción moratoria

En Bogotá D.C., a los veintiún (21) días del mes de septiembre de 2018, siendo las ocho y treinta de la mañana **(08:30 a.m.)**, la suscrita Juez **17** Administrativa Oral de Bogotá declara formalmente abierta la presente AUDIENCIA INICIAL prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en el proceso de la referencia.

PRESENTACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES:

Apoderada de la demandante: ANGGIE LORENA MILKE OSSA, con cédula de ciudadanía No. 1.016.026.477 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 228.669 del C.S. de la J., a quien se le reconoce personería de conformidad con el poder aportado en audiencia, autoriza notificaciones al correo electrónico: asesorlegalgandy@hotmail.com

Apoderado del Ministerio de Educación Nacional: el Despacho deja constancia de la inasistencia del apoderado judicial del Ministerio de Educación Nacional.

Ministerio Público: ÁLVARO PINILLA GALVIS, Procurador 87 Judicial Administrativo. Se deja constancia que el señor Agente del Ministerio Público no asiste a esta diligencia.

Esta decisión se adopta mediante **auto de sustanciación No. 671** Se notifica en estrados, sin oposición por los intervinientes.

SANEAMIENTO 00:12:15 El Despacho no observa irregularidades o nulidades en el trámite procesal que deban ser declarados de manera oficiosa. La anterior decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 1058** y se notifica en estrados conforme al artículo 202 del C.P.C.A., sin oposición, una vez en firme se continúa con la diligencia.

EXCEPCIONES 00:16:01 Dentro del término de traslado, conforme con las disposiciones del artículo 175 del C.P.A.C.A., la entidad demandada propone como excepciones las denominadas: Falta de legitimación por pasiva, vinculación de la sociedad Fiduciaria como administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, relación jurídico sustancial del acto administrativo que se demanda no es competencia del Ministerio de Educación Nacional, naturaleza de la sanción moratoria y requisitos para su procedencia, improcedencia de la acumulación de indexación con la sanción moratoria por el no pago de las cesantías, vinculación de la Secretaría de Educación de Bogotá al contradictorio y caducidad.

1.- Frente a las excepciones de: **naturaleza de la sanción moratoria y requisitos para su procedencia e improcedencia de la acumulación de indexación con la sanción moratoria**

por el no pago de las cesantías, el Despacho considera que guardando relación directa con el fondo del asunto, las mismas serán resueltas al momento de dictar sentencia.

2.-Respecto a la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva y vinculación de la Secretaría de Educación de Bogotá**, las mismas se negarán en consonancia con los pronunciamientos que al respecto ha hecho el Consejo de Estado, frente a cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes.

En sentencia calendada 1º de febrero de 2018, Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado radicación No. 73001-23-33-0002013-00181-01(2994-14) con ponencia del Dr. William Hernández ha señalado que la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como pasa a explicarse:

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

Por su parte, el decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales."

Es decir, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

Aunado a lo anterior, respecto de la función desarrollada por las Secretarías de Educación, en reciente pronunciamiento el H. Consejo de Estado, ha establecido que éstas únicamente tienen a su cargo elaborar el proyecto de resolución de reconocimiento para que sea aprobado o improbado por la entidad fiduciaria y es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el obligado a efectuar o materializar el pago que de la suscripción del acto emane y reitera la interpretación de nuestro órgano de cierre, consistente en que en los procesos judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos ante esta jurisdicción contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo que se discuta el reconocimiento de prestaciones sociales, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales.

Esto, ya que las con secuencias económicas que se deriven de los actos administrativos proferidos en virtud de la desconcentración administrativa dada en la secretarías de educación territoriales de los entes certificados, radican única y exclusivamente en la Nación–Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

Magisterio.[1] Situación por la que no es procedente la vinculación de la Secretaría de Educación de Bogotá.

Así las cosas, el Despacho concluye que en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio el responsable de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías y, su representación está a cargo del Ministerio de Educación Nacional.

3.- Ahora bien, sobre la excepción de **caducidad**, estimó que teniendo en cuenta que la parte actora dentro del término 4 meses posteriores a la notificación del acto administrativo que reconoce o niega las prestaciones sociales de carácter unitario, no realizó la petición para el reclamo de la sanción moratoria a la que presuntamente considera que tenía derecho, se configuró al fenómeno de la caducidad.

Aquí se precisa que el conteo de la caducidad comienza a partir del día siguiente a la notificación, comunicación o ejecución, conforme con lo normado en el artículo 136 del C.P.A.C.A., del acto administrativo que negó la solicitud de pago de la sanción moratoria, no obstante, el Despacho pone de presente que en el caso en concreto no existe pronunciamiento por parte del Ministerio de Educación a la petición presentada por la demandante, el día 04 de marzo de 2016, configurándose el silencio administrativo negativo. Es así, que de conformidad con lo señalado en el numeral d del artículo 164 del C.P.C.A.[2], no operó este fenómeno para el asunto en estudio por la facultad de demandar en cualquier tiempo actos administrativos producto del silencio administrativo.

En tal virtud, no se estiman procedentes las excepciones propuestas.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 1059** y se notifica en estrados de conformidad con el artículo 202 del C.P.A.C.A.

FIJACIÓN DEL LITIGIO 00:27:05

El Ministerio de Educación Nacional—Fomag manifestó que no le constan, los hechos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de la demanda, relativos a la prestación de los servicios de la demandante, la solicitud, reconocimiento de las cesantías definitivas, la configuración de la mora en el pago de las cesantías definitivas, el silencio administrativo de la entidad demandada, la solicitud de conciliación elevada ante la Procuraduría General de la Nación y la certificación emitida por ésta que decretó fallida la conciliación, por lo que deberá someterse al debate probatorio.

Pretensiones de la demanda: 00:27:37

1. Que se declare la existencia y la nulidad del acto ficto o presunto configurado, frente a la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria radicada el 21 de mayo de 2013 ante la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

---

[1] *Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P.: William Hernández Gómez,26 de abril de 2018, Auto Interlocutorio N° O-087-201.*

[2] "**Artículo 164. *Oportunidad para presentar la demanda.*** La demanda deberá ser presentada: (...)1. En cualquier tiempo, cuando: (...) d Se dirija contra actos producto del silencio administrativo."

2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional – Fomag a pagar a la demandante la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías definitivas, contados desde el día 2 de junio de 2012 y hasta el 3 de septiembre de 2012.
3. Que la demandada de cumplimiento a la sentencia que se dicte en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta que se efectué el pago de la sanción moratoria, conforme a los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

5. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A.

Normas Violadas y Concepto De Violación: El demandante refirió el desconocimiento de los artículos 2, 13, 23, 29, 47, 48 y 53 de la Constitución Política y las leyes 91 de 1989, 244 de 1995 y 1071 de 2006, artículo 56 de la ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005.

Estimó que la entidad accionada vulneró el derecho de la demandante al no emitir acto administrativo respecto del reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías definitivas y por el pago tardío de éstas, por cuanto las cancela por fuera de los términos establecidos en la ley, generando una sanción para la entidad equivalente a 1 día de salario, por cada día de retardo en el pago, tal y como lo dispone la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 y la Jurisprudencia del Consejo Estado que estableció cómo se deben computar los términos para comenzar a causarse la sanción por mora. (fls. 12-20)

Contestación De La Demanda - El **Ministerio de Educación Nacional** manifestó que no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda, sobre el reconocimiento de la sanción moratoria a favor de la demandante, como quiera que la entidad cumplió el término de los 45 días para el pago, contados desde el acto de reconocimiento, en los términos del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006. Además, señaló la improcedencia de la indexación a la sanción moratoria toda vez que el monto de la sanción cubre y supera la indexación solicitada. (Fls. 116-142).

Fijación Del Litigio El cargo de nulidad propuesto contra el acto administrativo demandado es la violación de norma superior, el cual se configura en la medida en que se ha negado el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 1071 de 2006, no obstante darse los presupuestos fácticos para su procedencia.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 1065** la decisión queda notificada en estrados de conformidad con el artículo 202 del C.P.A.CA.

CONCILIACIÓN 00:35:50 Teniendo en cuenta que los efectos económicos de la demanda pueden ser objeto de conciliación, en este estado de la diligencia, se otorga el uso de la palabra al **apoderado de la entidad demandada** para que manifieste si tienen fórmula de arreglo o conciliación en el caso concreto.
Parte demandada: el Despacho deja constancia de la inasistencia del apoderado judicial del Ministerio de Educación Nacional, por lo que declara **FALLIDA** la oportunidad para conciliar en el proceso y ordena continuar con la actuación.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 1069** y se notifica en estrados de conformidad con el artículo 202 del C.P.A.C.A.

MEDIDAS CAUTELARES 00:38:57 En consideración a que no existen medidas cautelares pendientes por resolver, se continúa con la siguiente etapa procesal.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 1076** y queda notificada en estrados de conformidad con el artículo 202 del C.P.A.CA.

DECRETO DE PRUEBAS 00:48:00

A favor de la parte demandante: En los términos y condiciones establecidos en la Ley, se decretan y se tienen como pruebas al momento de fallar, los documentos acompañados con la demanda, dentro de las cuales se encuentran:

.- Copia de la resolución 3886 del 11 de julio de 2012, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., por la cual reconoce y ordena el pago de Cesantías Definitivas a la accionante. (Fls.3-4)

.- Certificado emitido por la Fiduprevisora S.A., en la que señala que el pago de las cesantías definitivas quedó a disposición de la demandante el 3 de septiembre de 2012. (Fl.6)

.- Copia de la petición elevada el 21 de mayo de 2013 ante la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio del cual solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías definitivas (Fl. 7-8).

.- Certificado emitido por la Secretaría de Educación de Bogotá, en el que se evidencia el salario percibido por la demandante en los años 2010 y 2011. (Fl.9)

.- Certificado de historia laboral. (Fl.10)

A favor de la Parte demandada:

.- Se oficie a la Secretaría de Educación de Bogotá y a la Fiduciaria la Previsora S.A., para que allegue al proceso copia del procedimiento administrativo de reconocimiento de las cesantías de la demandante. La misma se negará por inconducente, atendiendo a que el procedimiento se encuentra consignado el Decreto 2831 de 2005 que desarrolla la Ley 91 de 1989.

.- Solicita se oficie a la Fiduciaria la Previsora S.A., a fin de que aporte certificado de la fecha de consignación y valor reconocido por concepto de cesantías. Ésta se niega por innecesaria, toda vez que la misma se encuentra en el expediente, visible a folio 6.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 1081** notificado a las partes en estrados conforme al 202 del C.P.A.C.A.
ALEGATOS CONCLUSIVOS 00:54:19 Considerando que las pruebas decretadas y requeridas para un pronunciamiento de fondo ya reposan en el expediente, de conformidad con el inciso del numeral 3 del artículo 179 de la ley 1437 de 2011 se corre

traslado a las partes para que sustenten de manera oral sus alegatos conclusivos en un término máximo **de 10 minutos**

La presente decisión se adopta mediante **Auto Interlocutorio No. 1086** y se notifica a las partes en estrados de conformidad con el artículo 202 del C.P.A.C.A. SIN RECURSOS.

Saneamiento. El despacho les pregunta a los intervinientes si evidencian alguna irregularidad en el trámite efectuado en la audiencia que pueda acarrear alguna **nulidad en la actuación procesal efectuada hasta el momento**. Se deja constancia de que las partes no observan irregularidad alguna en el trámite de la audiencia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, así:

A. **PARTE DEMANDANTE**: Se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la demanda, en la forma consignada en el audio.

B. **PARTE DEMANDADA**: Se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la demanda, en la forma consignada en el audio.

Escuchados los alegatos de las partes y evidenciando que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a dictar la siguiente

SENTENCIA No. 145

ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral Expediente No. 2015-00393 propuesto por la señora GILMA HERNÁNDEZ DE VEGA contra NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG.

TESIS DE LA DEMANDANTE

Estimó que la entidad accionada vulneró el derecho de la demandante al no emitir acto administrativo respecto del reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías definitivas y por el pago tardío de éstas, por cuanto las cancela por fuera de los términos establecidos en la ley, generando una sanción para la entidad equivalente a 1 día de salario, por cada día de retardo en el pago, tal y como lo dispone la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 y la Jurisprudencia del Consejo Estado que estableció cómo se deben computar los términos para comenzar a causarse la sanción por mora.

TESIS DE LA DEMANDADA

Manifestó que no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda, sobre el reconocimiento de la sanción moratoria a favor de la demandante, como quiera que la entidad cumplió el término de los 45 días para el pago, contados desde el acto de reconocimiento, en los términos del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006. Además, señaló la improcedencia de la indexación a la sanción moratoria toda vez que el monto de la sanción cubre y supera la indexación solicitada.

IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Se pretende la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, producto del silencio administrativo negativo de la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, frente a la petición presentada por la actora, el día 21 de mayo de 2013.

PROBLEMA JURÍDICO 01:00:55

Corresponde en este asunto determinar si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el valor de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías definitivas reconocidas por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., mediante resolución 4726 del 15 de agosto de 2016, de conformidad con el artículo 5 de la ley 1071 de 2006.

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO 01:01:14

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, el demandante como docente, cargo asimilable a los empleados publicos, tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo como beneficiaria del regimen general en lo no regulado por la Ley 91 de 1989 (sentencias C-741 de 2012, C-486 de 2016, SU-336 de 2017 de la H. Corte Constitucional y SU-012 de 2018 del Consejo de Estado).

ANÁLISIS DEL DESPACHO 01:02:07

La Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados. Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y, los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían las **disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.** En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, conservarían el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial y, a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

El numeral 1° del artículo 15 de la ley 91 de 1989, señala:

> *"Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*
>
> *1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán ***por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley".***

De otra parte sobre la calidad de servidores públicos, indica la ley 60 de 1993:

"El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, ***que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal,*** *se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992.*

Así mismo, la ley 115 de 1994 señala que los docentes son:

"Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de ***servidores públicos de régimen especial****.*

De esta forma se puede establecer que el legislador creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como la entidad encargada de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes ***regidos por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional o las que se expidan a futuro con las excepciones consagradas en la ley para los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990.***

Estando a cargo del fondo de prestaciones sociales del magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías y siendo aplicables a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 las disposiciones jurídicas de carácter prestacional que se expidieran a futuro para los empleados públicos del orden nacional es viable la aplicación de la sanción moratoria desarrollada por la ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006 porque esta norma fue expedida a favor de todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, incluyendo las entidades que prestan servicios públicos y de educación del orden nacional y territorial en desarrollo del inciso final del artículo 53 de la C.P. en razón a que los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados de manera oportuna".

El H. Consejo de Estado Subsección A[3]y, B[4] y, la Corte Constitucional **SU336/17** han señalado que es procedente la aplicabilidad de la sanción moratoria a favor de los docentes en razón a que la Ley 1071 de 2006 que modificó la Ley 244 de 1995, cobija a todos los empleados y trabajadores del estado como quedó contemplado en la exposición

---

[3] sentencia del 21 de octubre de 2011Radicación interna 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09) ponencia Gustavo Gómez Aranguren Actor Eduardo Montoya Villafañe, sentencia del 10 de julio de 2014radicación No. 17001-23-33-000201-00080-01(2099-13) Ponencia de Luis Rafael Vergara Quintero. Actor Martha Lucia Hernández Clavijo y, sentencia del 17 de noviembre de 2016 radicación 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014) Ponencia de William Hernández Gómez. Actor Fabio Ernesto Rodríguez Díaz.

[4] Sentencia del 22 de enero de 2015 con radicación 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14) Ponencia Sandra Lisseth Ibarra Vélez. Actor Yaneth Lucia Gutiérrez Gutiérrez y sentencia del 14 de diciembre de 2015 con radiación 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14). Actor Diva Liliana Diago de Castillo.

de motivos al advertir que "... la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo aparato del estado, no sólo a nivel nacional sino territorial"

En palabras de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado "... *el legislador no solo reguló la mora en el pago de las cesantías, sino que además le dio un término a la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las mismas, por ende, debe estudiarse cada caso en concreto, pues si el acto administrativo de reconocimiento se expide dentro del término legal conferido, los 45 días para el pago comienza a contabilizarse desde la firmeza del mismo; no obstante, si la entidad competente para expedir el acto de reconocimiento de las cesantías sobrepasa el término para emitirlo, por culpa de la entidad y no del solicitante, no es procedente inferir que el término de la sanción moratoria empieza a contarse desde la firmeza del acto administrativo expedido tardíamente, toda vez que ello atentaría contra el espíritu de la norma, que es darle un tiempo prudencial a la entidad para que realice el procedimiento interno de reconocimiento y pago de una prestación social que le pertenece al servidor público por el solo hecho de laborar en la entidad."*[5]

La Corte Constitucional para llegar a la conclusión señalada por el despacho en primer lugar entendió a los docentes como asimilables a los empleados públicos por "existir importantes semejanzas, incluso identidades entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que, según explicó, son propias del trabajo de los docentes oficiales, entre ellas, cumplir tareas propias y típicas de entidades administrativas y la circunstancia de ser empleados de carrera, que se vinculan previo concurso, a través de un acto administrativo de nombramiento. Y, en segundo lugar recordó que a partir de la ley 91 de 1989 en lo que tiene que ver con el pago de cesantías el FOMAG se rige por la normatividad aplicable a los empleados del sector público nacional[6] Así, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, dijo la Corte Constitucional, se debe dar aplicación al criterio de la condición que resulte más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.[7]

---

[5] Sentencia del primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018), Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: William Hernández Gómez, Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00181-01(2994-14).

[6] Sentencia C-486 de 2016.

[7] De conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Constitución la legislación en materia laboral debe garantizar ciertos principios mínimos a favor del trabajador, como lo son *"la igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles;* ***situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho****; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad"*. El principio de favorabilidad ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como aquel que se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. Según ha sostenido la Corte, en estos eventos *"los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social"* (sentencia T-832A de 2013). En otras palabras, si bien los jueces, incluyendo las Altas Cortes, tienen un amplio margen de interpretación en las normas laborales, "no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquél que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. En consecuencia, una conducta contraria configura un defecto que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, por desconocimiento directo del artículo 53 Constitucional" (sentencia T-350 de 2012).

Señala la corte: "... *La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:*

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989.[8]

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución.

(vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012)"

Finalmente, en reciente pronunciamiento el H. Consejo de estado, mediante Sentencia de Unificación **SU-012 DE 2018**, reiteró que los docentes integran la categoría de servidores

---

[8] Sentencias C-741 de 2012 y C-486 de 2016.

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.

Marco normativo de la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías

La sanción moratoria es una sanción a favor del trabajador con el propósito de resarcir los daños que se causaron a éste con ocasión del incumplimiento en el pago de sus cesantías. Su objeto es proteger el derecho de los servidores a percibir la liquidación de sus cesantías.

La sanción moratoria de manera particular, se encuentra desarrollada por la ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006, publicada el 31 de julio de 2006, así:

"ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.

ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del 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 de Ahorro.

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

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

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

ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto

en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este".

La anterior disposición, por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones, al igual que la ley 244 de 1995, protege al servidor público que solicita la liquidación de las cesantías definitivas o parciales al momento de la terminación de la relación laboral o dentro de un plazo razonable.

Como bien puede apreciarse, la Administración debe liquidar a los funcionarios o exfuncionarios las cesantías parciales o definitivas dentro de los 15 días siguientes a la solicitud y, una vez agotado el procedimiento administrativo, tiene 45 días hábiles para pagarla; si en éste término no se cumple, a partir del día siguiente, deberá cancelar al servidor o exservidor un día de salario por cada día de retardo, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en dicha disposición normativa.

De esta forma, las entidades empleadoras, dentro de los **quince (15) días** hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas o parciales, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5º de la misma ley, tienen un plazo máximo de **cuarenta y cinco (45)** días hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo para cancelar la prestación.

Considera el Despacho que la disposiciones en estudio procuran resguardar el derecho de los servidores públicos, a fin que reciban de manera oportuna la liquidación de sus cesantías y para ello estableció el procedimiento para su reconocimiento y pago, estimando una sanción a cargo de la Administración y a favor del trabajador, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, en caso de constituirse mora en el pago de la referida prestación. Dicha sanción se contabiliza a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías, salvo que dicha manifestación se haga de manera tardía, en cuyo caso debe contabilizarse un total de 65 días desde la radicación de la solicitud de reconocimiento como se precisa en jurisprudencia del Consejo de Estado.

DEL CASO CONCRETO – CONTABILIZACIÓN DE LA MORA 01:16:15

Revisadas las pruebas recaudadas, se observa que la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías se presentó ante la Secretaría de Educación de Bogotá[9] el **día veinticuatro -24- de febrero de 2012**; en consecuencia, para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se causa la mora a partir del **dos -2- de junio de 2012**, partiendo del hecho que el **16 de marzo de 2012** se cumplieron los 15 días para que la entidad profiriera el acto administrativo que liquidara y reconociera el pago de las cesantías definitivas; 5 días más de ejecutoria que finalizan el **26 de marzo de 2012**, de conformidad con el C.C.A., debiendo quedar en firme el acto en esta fecha; seguidamente, se deben contabilizar 45 días para cancelar la prestación los cuales **se cumplen el primero (1) de junio de 2012**; por tanto, el día siguiente, es decir, desde el **dos -2- de junio de 2012 hasta el 2 de septiembre de 2012**, fecha anterior en que se efectuó el pago según certificado visible a folio 6 del cuaderno principal, es el rango de tiempo dentro del cual se debe contabilizar la sanción moratoria que debe pagar el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

---

[9] Según se desprende de la Resolución 3886 de julio de 2012, (folios 15-16).

Así las cosas, existió tardanza en el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de la demandante, pues pese a que la indemnización moratoria solo empieza a computarse a partir del día siguiente a los 65 días hábiles posteriores a la radicación de la petición,[10] la sanción opera por el hecho de que la administración no cumple los términos previstos para el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, que corresponden a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 5 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago del auxilio de las cesantías definitivas.[11]

Como quiera que la demandante se encuentra dentro del supuesto consagrado en el parágrafo del artículo 5º de la ley 1071 de 2006, tiene derecho al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías definitivas, hasta que se hiciere efectivo el pago de las mismas.

Prescripción 01:18:32

En lo relativo a la efectividad de dicho reajuste y en lo concerniente a la prescripción trienal, en sentencia del quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018), con Ponencia del H. Consejero William Hernández Gómez, la Subsección A –Sección Segunda del Consejo de Estado[12], estableció que:

"Prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas

Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 referida líneas atrás, la sanción moratoria se debe reclamar desde que esta se hace exigible, so pena de que opere la prescripción, al respecto:

« [...] ***Prescripción de los salarios moratorios***
Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación "cesantías".

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

---

[10] Sentencia del primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018), Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: William Hernández Gómez, Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00181-01(2994-14).
[11] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación SU-012 de 2018.
[12] En aplicación de la sentencia de Unificación del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) del Consejo De Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda, C.P Luis Rafael Vergara Quintero.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

*"**Artículo 151. -Prescripción**. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."*

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990".

Por tanto, en aplicación al artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, se ha de indicar que de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que la mora, objeto de las pretensiones, se generó a partir del **2 de junio de 2012** y la reclamación se realizó el **21 de mayo de 2013** (fl.7-8), ante la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Como quiera que la demandante tenía hasta el **2 de junio de 2015** para reclamar la sanción moratoria, por tanto, en el presente caso no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción.

Salario que se debe tener en cuenta para la liquidar la sanción 01:19:05

El salario que se debe tener en cuenta para la liquidar la sanción por mora es el último percibido por la demandante, así:

Salario mensual	**Salario diario**	**Fecha de inicio de la mora**	**Día anterior al Pago**	**Días en mora**	**Total sanción por mora**
$2.425.592[13]	80.853[14]	02/06/2012	02/09/2012	90[15]	$7.276.770[16]

Conforme la liquidación realizada anteriormente, se tiene que el valor que debe pagar la entidad demandada por sanción mora por pago tardío de las cesantías definitivas de la accionante, es de **$7.276.770.**

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero 01:19:54

---

[13]Salario recibido en el año 2011, según certificado obrante a folio 9.
[14] Resultado de $2.425.592/30 días
[15] Días comprendidos entre el 02/06/2012 hasta el 02/09/2012, de 30 días del mes.
[16] Resultado de: 80.853*90

Ahora bien, en torno a la solicitud de indexación, este Despacho acoge el criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, en la cual examinó la exequibilidad del parágrafo transitorio del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, conforme al cual no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella[17]. Por tal razón este Despacho no accederá a la pretensión de indexación solicitada, siendo ésta la línea adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado:

> *"[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996[18], la jurisprudencia del Consejo de Estado [19]ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que "la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995[20] [...]"*

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es 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.[21]

---

[17] Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996 *"(...) [L]a sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. (...)".*

[18] Mediante la cual la Corte declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3 .º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: "Así, el parágrafo del artículo 2 .º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...) En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella" (Resaltado no es del texto original).

[19] Por mencionar una de tantas, se puede consultar la sentencia del 31 de enero del 2008 de la Sección Segunda, Subsección A, radicado interno 7749-05, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

[20] Sentencia del 5 de agosto de 2010 de la Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 1521- 2010, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

[21] Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "A" Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 Número Interno: 1520-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aunado a lo anterior, es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.[22]

Los intereses 01:23:09 A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del C.P.A.C.A., a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Costas 01:23:22 El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *"Salvo en los procesos 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"*.

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *"Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas...."*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso[23], la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *"La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365 Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra."*. (Subrayas para resaltar)

---

[22] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación SU-012 de 2018.

[23] Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

Ahora bien, el Consejo de Estado[24] ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

> *"Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.*
> *Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil*
> *Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley"*
> *Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>> [25]"*

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado las mismas.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA EXISTENCIA del acto ficto o presunto configurado el 21 de agosto de 2012, frente a la petición presentada el día 21 de mayo de 2012, a la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD del acto ficto o presunto configurado el 21 de agosto de 2012, frente a la petición presentada el día 21 de mayo de 2012, conforme con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, **a pagar**, en favor de la señora GILMA HERNÁNDEZ DE VEGA, a título de sanción moratoria, el equivalente a un día de salario por cada día de mora comprendido entre el **2 de junio de 2012 hasta el 2 de septiembre de 2012, inclusive**, 90 días de mora, es así, que el valor a pagar por sanción mora en el pago tardío de las cesantías definitivas de la demandante es la suma de **$7.276.770 pesos,** teniendo en cuenta los lineamientos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

---

[24] Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

[25] Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

CUARTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El *acto* será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

SEXTO. SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

SÉPTIMO. Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, así mismo, expídase copia de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P y, ARCHÍVENSE las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

OCTAVO.- Esta sentencia queda notificada en ESTRADOS, conforme se establece en el artículo 202 del C.P.A.C.A. y contra ella procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del C.P.A.C.A. en consonancia con el inciso 4 del artículo 192 del C.P.A.C.A.

De la sentencia se corre traslado a las partes: SIN RECURSOS.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se da por terminada, siendo las 10:30 de la mañana y se firma por quienes en ella intervinieron.

FIRMAS,

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Apoderada del Demandante

ANGELA MILENA ROMERO CUÉLLAR
Oficial Mayor