REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., 28 de junio de 2019

Sentencia No. 29

Radicación:	**11001333350172017 00467**
Demandante:	**Fanny Vargas Hernández**
Demandado:	**Nación- Ministerio de Educación- Fomag**
Medio de control:	**Nulidad y restablecimiento del derecho**

No evidenciando causal que pueda anular lo actuado, agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación, procedemos a dictar de forma escrita **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control referente.

Pretensiones de la demanda

1-Que se declare la existencia y la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 25 de febrero de 2015, con ocasión a la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria radicada el 25 de noviembre de 2014 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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 los setenta (70) días hábiles siguientes de haber radicado la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago..

3.- Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de la sanción moratoria que se reconozca, tomando como base la variación del I.P.C., desde la fecha en que se efectuó el pago de las cesantías hasta la ejecutoria de la sentencia.

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 total de la sanción moratoria.

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

6.- Ordenar que la demandada de cumplimiento a la sentencia que se dicte en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

Normas Violadas y Concepto De Violación: El demandante refirió el desconocimiento de las leyes 91 de 1989 en sus artículos 5 y 15, 244 de 1995 artículos 1 y 2 y 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

Estimó que la entidad accionada ha estado vulnerando el derecho al pago oportuno de las cesantías por cuanto las cancela por fuera de los términos establecidos, generando a favor del demandante una sanción equivalente a 1 día de salario por cada día de retardo tal y como lo dispone la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006. (fls. 5 a 12)

Contestación de la Demanda - El **Ministerio de Educación Nacional- Fomag:** No presentó escrito de contestación de la demanda.

Alegatos conclusivos . Parte demandante se ratifica en los fundamentos de hecho, y de derecho expuestos en la demanda. Parte demandada estima que no es procedente acceder a las pretesiones de la demanda dado que el regimen especial docente no establece la sanción por el no pago oportuno de las cesantias, no siendo procedente aplicar la misma de manera analógica a regimenes especialesstas. El Ministerio Público no rindió concepto.

Identificación del acto enjuiciado

Se pretende la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, producto del silencio administrativo negativo del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, frente a la petición presentada por el actor, el día 25 de noviembre de 2014.

Tesis de la demandante: Estimó que la entidad ha estado vulnerando el derecho al pago oportuno de cesantías por cuanto las cancela por fuera de los términos de ley, generando una sanción a favor del demandante equivalente a 1 día de salario por cada día de retardo, tal y como lo dispone la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

Tesis del demandado: estima que no es procedente acceder a las pretesiones de la demanda dado que el regimen especial docente no establece la sanción por el no pago oportuno de las cesantias, no siendo procedente aplicar la misma de manera analógica a regimenes especiales.

Problema jurídico: 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 no pago oportuno de las cesantias reconocidas por la Secretaría de Educación de Soacha, mediante resolución 1746 de 7 de septiembre de 2015, en los términos del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006. o si no le asiste tal derecho porque su régimen especial no lo contempla, como lo plantea la demandada.

Solución al problema jurídico: acogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, consideramos que el cargo docente se asimila a los cargos de los empleados públicos, razón por la que tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantias como beneficiaria del regimen general de los empleados publicos en los aspectos no regulados 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).

Hechos probados

1.- El 3 de octubre de 2011, la demandante solicita el reconocimiento y pago de unas cesantias definitivas ante la secretaria de educacion de Bogota
2.- Que mediante Resolución 1763 de 30 de marzo de 2012, se le reconoció a la demandante el pago de unas cesantías definitivas por un valor de $ 34'410.235 (Fl.27)
3.- Según certificado del 20 de diciembre de 2015, expedida por la Fiduprevisora S.A, el pago de las cesantías definitivas de la accionante quedó a disposición el 26 de junio de 2012 (Fl. 29-30)
4.- Que el 25 de noviembre de 2014, la demandante presentó solicitud de reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 1071 de 2006, ante el FOMAG-Fiduprevisora (Fl. 21)
5.- El salario percibido por la señora Fanny Vargas Hernández para el año 2011 es de 2'425.592 (Fl. 102)

Analisis juridico del caso. 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.[1]

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 1° de enero de 1990 las disposiciones jurídicas de carácter prestacional que se expidieran a futuro para los empleados públicos del orden nacional es procedente 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.[2]

El H. Consejo de Estado Subsección A[3]y, B[4] y, la Corte Constitucional **SU336/17** han señalado 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, dado que esta ley aplica a todos los empleados y trabajadores del estado como quedó contemplado en la exposición 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"

La Corte Constitucional para llegar a la conclusión señalada asimiló a los docentes como 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, 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[5], en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, se debe dar aplicación al

---

[1] El numeral 1° del articulo 15 de la Ley 91 de 1989, señala:"*Articulo 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.2.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*".

[2] Sobre la calidad de los docentes como 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...*".

[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 Rodriguez Diaz.

[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.

[5] Sentencia C-486 de 2016.

criterio de la condición que resulte más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.[6] [7]

El Consejo de Estado, mediante Sentencia de Unificación SU-012 de 2018, reiteró que los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

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.[8]

---

[6] 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).

[7] 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.[7](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)"

[8] 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*

Según la norma y conforme con la sentencia del 17 de noviembre de 2016, radicado interno 1520-2014, reiterando la sentencia del 27 de marzo de 2007, radicado interno 2777-04, 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.

Contabilizacion de los términos en el caso estudiado Revisadas documentos aportados, se observa que la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías se presentó ante la Secretaria de Educación de Bogotá[9] el **día 03 de octubre de 2011**; en consecuencia, para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se causa la mora a partir del **siete -07- de enero de 2012**, partiendo del hecho que el **25 de octubre de 2011** se cumplieron los 15 días para que la entidad profiriera el acto administrativo que liquidara y reconociera el pago de las cesantías parciales; 5 días más de ejecutoria que finalizan el **01 de noviembre de 2011**, de conformidad con el C.C.A[10]., debiendo quedar en firme el acto en esta fecha; seguidamente, se deben contabilizar 45 días para cancelar la prestación los cuales **se cumplen el seis (06) de enero de 2012**; por tanto, el día siguiente, es decir, desde el **siete -07- de enero de 2012 hasta el 25 de junio de 2012**, fecha anterior en que se efectuó el pago según certificado de la Fiduprevisora S.A visible a folio 29 vto 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.

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 hasta que se hizo efectivo su pago.

Prescripción Conforme con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral[11], se ha de indicar que de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que la mora, objeto de las

---

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

[9] Según se desprende de la Resolución 0392 de enero de 2011, (folios 6-8).

[10] Vigente hasta el 01 de julio de 2012

[11] En lo concerniente a la prescripción 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[11], estableció lo siguiente*"Prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parcialesCon fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 referida lineas 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.*
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, si 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".

pretensiones, se generó a partir de el **07 de enero de 2012** y la reclamación se realizó el **25 de noviembre de 2014** (fl.36), ante el Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Como quiera que la demandante tenía hasta el **07 de enero de 2015** para reclamar la sanción moratoria, 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 la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 el Consejo de Estado indicó que para las cesantías será la asignación básica que devengue el servidor público al momento de causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo y para la liquidación en los términos del articulo 134 del CST se toma en cuenta que el mes tiene 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses equivale a 360 días al año[12], 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]	07/01/2012	25/06/2012	168[15]	$13.583.315[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 parciales de la accionante, es de **$13.583.315.**

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero 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, al no resultar 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:

---

[12] La Sentencia T-248 de 2008 menciona *la sentencia del 10 de noviembre de 1982. dictada dentro del expediente No. 3524. en donde actuó como ponente el doctor Álvaro Orejuela Gómez. la cual fue reiterada en fallos del 12 de septiembre de 1996. expediente No. 9171. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro y del 20 de noviembre de 1998. expediente No. 13310. la Sección Segunda sostuvo; "(...)*Para nadie es desconocido que al servidor público, se le señala una remuneración mensual única, tomando el mes como de treinta dias, independiente de que éste tenga 28 o 31. En el mismo sentido, en el campo privado, el articulo 134 del Código Sustantivo del Trabajo contempla de manera enfática que "El salario en dinero debe pagarse por periodos iguales y vencidos, en moneda legal." Asi, **si para el salario mensual se toma en cuenta el mes de 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses que componen un año equivale a 360 días al año, es lógico, indiscutible y correcto, que la misma regla deba aplicarse para las cotizaciones obligatorias de los distintos regímenes (...)"**.

[13] Salario recibido en el año 2011, según certificación obrante a folio102.

[14] Resultado de $2.425.592/30 días

[15] Dias comprendidos entre el 07/01/2012 hasta el 25/06/2012, de 30 dias del mes.

[16] Resultado de: 80.583*168

[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 cesantia 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 caidos en materia laboral. Asi, el parágrafo del articulo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un dia de salario por cada dia 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 cesantia 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 juridicas 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. (...)".*

"[…] 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]

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 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 El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece 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"*. El numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar 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

---

[18] Mediante la cual la Corte declaró exequible el parágrafo transitorio del articulo 3 .º de la Ley 244 de 1995, y alli considera: "Asi, el parágrafo del articulo 2 .º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un dia de salario por cada dia 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 cesantia 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. Victor 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 Rodriguez Diaz Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

[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.

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.

Referente a este tema el Consejo de Estado[24] ha señalado, 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. [25]

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en razon a que en el expediente no hay prueba sobre el valor de las agencias en derecho.

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 25 de febrero de 2015, frente a la petición presentada el día 25 de noviembre de 2014 ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Fiduprevisora

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD del anterior acto ficto 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 FANNY VARGAS HERNÀNDEZ, por concepto de sanción moratoria de la ley 1071 de 2006 un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías en el periodo comprendido entre el **07 de enero de 2012 y el 25 de junio de 2012,** 168 días de mora, que equivalen a la suma de **$13'583.315 pesos,** de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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.

---

[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] 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

SÉPTIMO. Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría COMUNÍQUESE el contenido de la decisión a la entidad para su ejecución y cumplimiento, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, expídase a su costa copia de esta sentencia de conformidad con el artículo 114 del C.G.P. y archívese el expediente previa las anotaciones por el sistema siglo XXI.

OCTAVO.- Contra esta decisión procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA con consonancia en el inciso 4 del artículo 192 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

AP-MAC