

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA¹

Bogotá D.C., seis (06) de junio de dos mil veintiuno (2021)

EXPEDIENTE No.: 11001-33-42-046-2020-00225-00²
DEMANDANTE: MYRIAM JANETH BEJARANO ESPINOSA
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – Y OTROS.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

La señora MYRIAM JANETH BEJARANO ESPINOSA, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 39.544.441, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – y otros, con el fin de que se hagan las siguientes declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

En la demanda se formularon las siguientes:

¹ Correos electrónicos: jadmin46bta@notificacionesrj.gov.co y jadmin46bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Para la recepción de memoriales solo está disponible el siguiente correo electrónico: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

² [11001334204620200022500](https://www.cendoj.gov.co/11001334204620200022500) (solo podrán ingresar al enlace los sujetos procesales, para lo cual deberán hacerlo desde los correos informados al despacho para efectos de notificaciones judiciales).

“1. Declarar LA EXISTENCIA del acto ficto o presunto configurado el 15 de octubre de 2019, frente a la petición radicada el 15 de julio de 2019, con relación al reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de las cesantías, toda vez que la misma no fue contestada por parte de la entidad demandada Ministerio de Educación Nacional – Fonpremag.

2. Declarar la nulidad del acto ficto o presunto configurado el día el 15 de octubre de 2019, frente a la petición presentada el día 15 de julio de 2019, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

3. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

CONDENAS.

1. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Que se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso tal como lo dispone el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A)

3. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- al reconocimiento y pago de interés moratorio a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la SANCIÓN MORATORIA reconocida en esta sentencia.

4. Condenar en costas a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y Código General del Proceso”.

1.1.2 Fundamento fáctico

Como sustento de las pretensiones el accionante narra, entre otros, los hechos que a continuación se sintetizan:

1. La demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día 14 de enero de 2016, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.
2. Por medio de la Resolución No. 4050 de 29 de junio de 2016, expedida por el secretario de Educación de Bogotá, le fue reconocido el auxilio de cesantía a la demandante.
3. La cesantía le fue pagada al accionante, por intermedio de entidad bancaria, el día 28 de septiembre de 2016.
4. La demandante solicitó la cesantía el 14 de enero de 2016, siendo plazo para cancelarlas el día 26 de abril de 2016, pero el pago se realizó el 28 de septiembre de 2016, por lo que transcurrieron 151 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelar la cesantía hasta el momento en que efectuó el pago.
5. El día 15 de julio de 2019, la accionante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía, siendo resuelta negativamente, en forma ficta, la petición invocada.

1.1.3. Normas violadas.

De orden Legal: Ley 1071 de 2006 artículos 4 y 5, Ley 244 de 1995 artículos 1 y 2 y Ley 91 de 1989 artículos 5 y 15.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse, como quiera que la entidad demandada contravino las normas citadas como violadas. En ellas se dispone que las entidades encargadas del reconocimiento de las cesantías deben proceder al pago de dicha prestación en un plazo máximo de 70 días, contados desde la fecha de presentación de la solicitud de reconocimiento, y en evento que ello no ocurra, deberá pagar la sanción moratoria, consistente en un día de salario por cada día de retraso en el pago.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

El **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones³. Como sustento de defensa manifiesta que, en el presente proceso, operó el fenómeno de la prescripción, atendiendo la moratoria se causó desde el 27 de abril de 2016, y la reclamación solicitando el pago de la sanción moratorio se presentó el día 15 de julio de 2019, de lo que se infiere que transcurrió un término mayor a tres años.

³ Documento 8 del expediente digital.

Igualmente, la **Secretaría de Educación de Bogotá** contestó la demanda⁴, pronunciándose frente a los hechos y oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. Manifiesta que la entidad encargada de efectuar el pago solicitado en las pretensiones de la demanda es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con sus propios recursos, no la Secretaría de Educación.

1.2.2 Alegatos de conclusión

En virtud de lo dispuesto en el artículo 182A del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adicionado por la Ley 2080 de 25 de enero de 2020, que estableció los parámetros para proferir sentencia anticipada, el despacho corrió traslado a las partes y al ministerio público por el término común de 10 días con el fin que presentaran sus alegatos de conclusión y concepto por escrito, respectivamente, mediante proveído del 4 de marzo de 2022.

Una vez vencido el término anterior, las partes presentaron sus alegatos de conclusión de la siguiente manera:

Parte actora⁵: El apoderado de la parte actora presentó alegatos de conclusión, en los que reiteró los fundamentos de hecho y de derechos contenidos en la demanda. En consecuencia, solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada:

El **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** presentó sus alegatos de conclusión dentro del término legal previsto para tal fin⁶. En dicho memorial, ratificó su postura respecto de las pretensiones de la demanda, oponiéndose únicamente a la pretensión de indexación de la sanción moratoria y a la condena en costas.

La **Secretaría de Educación de Bogotá y el agente del Ministerio Público** guardaron silencio en esta etapa procesal.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

En el presente asunto se pretende establecer: Si en el presente asunto operó el fenómeno de la prescripción respecto de la sanción moratoria.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

⁴ Documento 9 del expediente digital.

⁵ Documento 12 del expediente digital.

⁶ Documento 13 del expediente digital.

1. La señora Myriam Janeth Bejarano Espinosa prestó sus servicios a la Secretaría de Educación de Bogotá, desempeñándose como docente.
2. La demandante, mediante petición radicada bajo el No. 2016-CES-082465 de 14 de enero de 2016, solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías (considerando 3º Resolución No. 4050 de 29 de junio de 2016).
3. Mediante la Resolución No. 4050 de 29 de junio de 2016, la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva en favor de la señora Myriam Janeth Bejarano Espinosa.
4. El día 28 de septiembre de 2016, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le pagó al accionante las cesantías parciales.
5. A través derecho de petición elevado ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG -, el 15 de julio de 2019, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías reconocidas mediante la Resolución No. 4050 de 29 de junio de 2016.

2.3 Marco Normativo.

2.3.1 Marco normativo - Sanción Moratoria.

Se tiene que en el presente asunto lo pretendido por la parte actora es el reconocimiento y pago de la sanción por mora derivada del pago tardío de las cesantías, conforme lo preceptuado en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Se debe por tanto señalar, que las cesantías son prestaciones sociales de carácter económico, de orden público, irrenunciables que hacen parte de la seguridad social de los trabajadores y tienen como objetivo la entrega de medios económicos que garanticen la congrua subsistencia del núcleo familiar, durante la época en el que el trabajador se encuentre cesante. En tratándose del sector público existen tres regímenes de liquidación de cesantías, a saber: a) El de liquidación retroactiva⁷; b) El de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro⁸, y c) El de los pertenecientes a fondos privados de cesantías⁹.

De otro lado, se tiene que la sanción moratoria es una indemnización a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva o parcial del auxilio de cesantía.

La Ley 50 de 1990¹⁰, respecto de la forma de liquidar las cesantías, las fechas establecidas para su consignación y la sanción moratoria derivada del pago tardío, en su artículo 99, señala:

“Artículo 99º.- **El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía**, tendrá las

⁷ Contenido en la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

⁸ Establecido en el Decreto 3118 de 1968.

⁹ Contemplado en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 de 1998

¹⁰ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, **sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.**

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. **El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.** (énfasis agregado).

De lo anterior, se infiere que la Ley 50 de 1990, por un lado, permitió que las cesantías fueran administradas por los fondos, y, de otra parte, determinó que el incumplimiento con la obligación de consignar el valor de las mismas en la cuenta individual del trabajador, ocasionaría una sanción al empleador.

Por su parte a Ley 244 de 1995¹¹, estableció la normatividad que debe aplicarse para que las entidades públicas efectuarán el pago de las cesantías en tiempo a los servidores públicos, sin embargo, esta normatividad fue modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006¹² en los siguientes términos:

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. **ÁMBITO 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 3o. RETIRO PARCIAL DE CESANTÍAS. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2o de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.
2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.

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

¹¹ "Se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones"

¹² "Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías"

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. (Énfasis agregado).

De conformidad con el texto de las disposiciones normativas antes transcritas, es claro que la Ley 244 de 1995, diferencia claramente dos situaciones para efectos de contabilizar los términos a los cuales deben sujetarse las entidades públicas encargadas del reconocimiento del auxilio de cesantías. La primera de ellas se encuentra referida a la expedición del acto administrativo que decide sobre el derecho del servidor al reconocimiento del auxilio monetario aludido y a su liquidación, frente a la cual la ley estipula un término de 15 o 10 días hábiles, según que se presente la documentación completa o no, y la segunda, relativa al pago efectivo por dicho concepto en un plazo perentorio de 45 días hábiles.

En este orden de ideas, se colige que cuando la documentación se presenta completa, el reconocimiento y pago de las cesantías, bien sea para el retiro parcial de cesantías o definitivas, debe obedecer a los siguientes términos:

1. 15 días a partir de la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías para expedir la resolución,
2. 5 días de ejecutoria y (10 días en el CPACA)
3. 45 días para efectuar el pago, para un total de 65 (70) días hábiles.

De lo expuesto, se infiere que el fin del legislador al estipular los anteriores términos, no era otro que el de materializar los postulados constitucionales, referidos al pago oportuno de los salarios, las prestaciones sociales y las pensiones, y pretender evitar que por la ineficiencia de la administración el servidor se vea perjudicado y no reciba a tiempo el auxilio de cesantía que como se sabe es una prestación social que se reconoce en proporción al tiempo de servicio prestado.

Ahora bien, el Consejo de Estado, **en providencia de 24 de abril de 2008**, frente al reconocimiento y pago de la mora en las cesantías, señaló:

“El momento a partir del cual **se cuenta el plazo legal** referido en las normas transcritas **es el de la fecha de solicitud de reconocimiento por parte del interesado**, tal como lo ha establecido esta Corporación en reiteradas oportunidades:

(...)

Así, el término con el que cuenta la administración para efectuar el pago efectivo del auxilio de cesantía **es de sesenta y cinco (65) días hábiles siguientes al día**

de la presentación de la solicitud de su reconocimiento. Este término comprende quince (15) días hábiles para expedir la Resolución de liquidación de las cesantías definitivas, cinco (5) días hábiles de su ejecutoria, y cuarenta y cinco (45) días hábiles para efectuar el pago de la prestación social.

No se compadece con el sentido de la normatividad mencionada que la indemnización por la falta de pago oportuno de cesantías **se genere sólo ante el incumplimiento del término de 45 días contados a partir del momento en que se encuentre en firme el acto administrativo que las reconozca**, porque se dejaría desamparado al ex servidor en el evento en que la administración tarde más de los 15 días para expedirlo.

Tal como se mencionó anteriormente, **el término de los 65 días hábiles con el que cuenta la administración para efectuar el pago efectivo de las cesantías, se contabiliza a partir de la fecha en que se realiza la solicitud por parte del interesado**, si esta reúne los requisitos necesarios para su reconocimiento” ¹³. (Énfasis agregado).

En materia de reconocimiento de la sanción moratoria el Consejo de Estado¹⁴ se ha pronunciado de manera reiterada en el sentido de señalar que esa indemnización por mora fue establecida mediante la Ley 244 de 1995 como una “sanción” a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último ante el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía dentro de los términos previstos de manera expresa por la ley.

Cita la sentencia C-448 de 1996, en que se declaró exequible el parágrafo 3º de la Ley 244 de 1995, oportunidad en que la Corte enfatizó que desde la exposición de motivos del proyecto de ley fue clara en desarrollar el inciso final del artículo 53 de la Constitución, en tanto “los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente, entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y sus familiares, razón por la cual, el pago de la cesantía debe ser oportuno, pues precisamente la finalidad de esta prestación es la de entregarle al trabajador una suma de dinero para satisfacer sus necesidades inmediatas al retiro y en proporción al tiempo servido”.

Ha explicado la Alta Corporación Contenciosa, que el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006, que modificó la Ley 244 de 1995, cubre a todos los empleados y trabajadores del Estado, como quedó consagrado 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 el aparato del Estado, no sólo a nivel nacional sino territorial”.

A juicio del Consejo de Estado no existe ninguna razón para excluir a los docentes del sector oficial del derecho al pago oportuno de las cesantías desarrollado en dicho precepto legal, “pues al igual de los demás servidores públicos, los docentes

¹³ CE, SCA, S2, SS “B, sentencia de 24 de abril de 2008, Rad. N°. 52001-23-31-000-2002-00036-01 (7008-05), Actor: José Antonio Torres Cerón, Demandado: municipio de Albán – Nariño.

¹⁴ CE, SCA, S2, SS “B”, Radicación núm. 66001-23-33-000-2013-00189-01. Número interno 1498-14. CP: Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Diva Liliana Diago del Castillo. Demandado: Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. /CE, SCA, S2, SS “A” Radicación núm. 66001-23-33-000-2013-00190-01. Número interno 1520-2014. CP: William Hernández Gómez. Actor: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz. Demandado: Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio / CE, SCA, S2, SS “B”, Radicación núm. 73001-23-31-000-2013-00192-01. Número interno 0271-14. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Actor: Yaneth Lucía Gutiérrez Gutiérrez. Demandado: Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Ibagué.

oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se le reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente, el derecho a la igualdad de oportunidades de estos trabajadores, establecido en el artículo 53 C.P. y el artículo 13 ibidem”.

Al respecto en idéntico sentido la Corte Constitucional¹⁵ señaló:

“La creación de regímenes especiales para ciertos sectores tienden a otorgar mayores beneficios y ser más favorables que los establecidos en el régimen general; sin embargo, la Ley 91 de 1989 no pareciera ser más garantista, en lo que concierne al pago de la sanción moratoria. Al evidenciar esta circunstancia, la Sala reafirma que por tratarse de un derecho del cual es sujeto todo trabajador sin distinción alguna, con base en la voluntad misma del legislador, en aplicación de los postulados constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación y a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, a los docentes oficiales les es aplicable el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, que contempla la posibilidad de reconocer a favor de estos la sanción por el pago tardío de las cesantías previamente reconocidas. Esta resulta ser la condición más beneficiosa para los trabajadores docentes del sector oficial y, en esa medida, se adecue mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales.

(...)

La aplicación del régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, a los docentes oficiales, en lo que tiene que ver con el pago de la sanción moratoria, se soporta en argumentos materiales sobre la naturaleza propia de la labor desempeñada por los docentes que les otorga un trato equivalente al de los empleados públicos, independientemente de que no estén catalogados de manera expresa como tales, y en la intención misma del legislador de fijar el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 para todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, dentro de los cuales, según lo ha entendido esta Corporación, se entienden incluidos los docentes del sector oficial en razón a sus funciones y características.

Bajo ese entendido, la aplicación de este régimen a los docentes estatales se adecúa a los postulados constitucionales, por las siguientes razones:

(i) El pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, y desarrolla la finalidad constitucional por la cual fue establecida esa prestación social bajo el principio de integralidad. De igual forma, se acompasa con lo establecido en los diferentes tratados internacionales sobre la materia ratificados por Colombia.

(ii) En la exposición de motivos de la iniciativa legislativa de la Ley 1071 de 2006 se señaló que su ámbito de aplicación cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, así como a las entidades que prestan servicios públicos y de educación, es decir, involucra a todo el aparato del Estado no solo a nivel nacional sino territorial.

(iii) Al igual que los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se les reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, por lo que proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a la igualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las cesantías.

(iii) Existen importantes semejanzas entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, a saber: pertenecen a la rama ejecutiva, cumplen dentro de ella una tarea típicamente misional respecto de la función que compete a las secretarías de educación de las entidades territoriales y, en su

¹⁵ CC, Sentencia SU-336/17.

momento, al Ministerio de Educación Nacional, se encuentran sujetos a un régimen de carrera y su vinculación se produce por efecto de un nombramiento.

(iv) En tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies de servidores públicos, han de ser considerados como empleados públicos.

(v) El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

En reciente pronunciamiento de unificación de jurisprudencia¹⁶ la Sección Segunda del Consejo de Estado, como órgano de cierre de esta jurisdicción fijó las siguientes pautas jurisprudenciales sobre el tema, de obligatoria observancia por parte de los jueces de esta Jurisdicción dado su carácter vinculante:

“193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

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

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley¹⁷ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

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

¹⁶ CE, SCA, S2, Sentencia de unificación por Importancia jurídica. Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018. Bogotá D.C., 18 de julio de 2018. Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01. No. Interno: 4961-2015. Demandante: Jorge Luis Ospina Cardona.

¹⁷ Artículos 68 y 69 CPACA.

Por lo anterior, este Despacho atenderá los términos fijados en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, a fin de determinar si en el presente asunto operó la sanción moratoria que de tratan las referidas normas.

Debe recordarse que, en lo referente a las cesantías parciales, la asignación básica para la liquidación de la sanción moratoria será la que devengue el servidor al momento en que presente la solicitud. Por su parte, en tratándose de las cesantías definitivas, el valor de la sanción moratoria estará determinado por la suma devengada por concepto de asignación básica para la fecha de finalización de la relación laboral o el vínculo contractual, por ser la fecha en que se hace exigible tal prestación social.

De otro lado, se tiene que, siendo la sanción moratoria es una penalidad, y como quiera que las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, no resulta viable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.

3. Caso Concreto

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, observa el Despacho que la señora Myriam Janeth Bejarano Espinosa presentó la solicitud de reconocimiento y pago de sus cesantías parciales el día 14 de enero de 2016, y que mediante Resolución No. 4050 de 29 de junio de 2016, la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, resolvió la petición de la demandante disponiendo reconocer y pagar el derecho por pretendido por aquella.

De lo antes expuesto, y atendiendo a los términos señalados en el acápite que precede, se tiene que al haberse presentado la solicitud de reconocimiento de las cesantías definitivas el día **14 de enero de 2016**, la entidad demandada debió expedir el acto administrativo de reconocimiento a más tardar el **04 de febrero de 2016**, y el pago se debió haber efectuado, teniendo en cuenta los 10 días hábiles de ejecutoria del acto administrativo más los 45 días hábiles a partir de la fecha en que quedó en firme dicho acto, el día **26 de abril de 2016**.

Ahora bien, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que al referirse a la prescripción prevé:

“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto **prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haga exigible**. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.” (énfasis agregado).

Sobre el asunto que nos atañe en el presente proceso, es del caso requerir indicar que el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa, recientemente¹⁸ ha determinado que en tratándose de la sanción moratoria la obligación se hace exigible desde el día siguiente al vencimiento del plazo otorgado a la entidad para pagar el auxilio de cesantías, y no desde la fecha del reconocimiento de las

¹⁸ En sentencias de 14 de junio de 2018, Rad. No.44001-23-33-000-2016-00130-01 (3567-17); de 31 de mayo de 2018, 73001-23-33-000-2014-00667-01 (4445-15); 26 de abril de 2018, Rad. No. 08001-23-33-000-2015-00009-01 (3230-16); 19 de abril de 2018 08001-23-33-000-2013-00721-01 (2653-15).

cesantías o desde el pago de estas, por tratarse de un derecho de carácter es autónomo y prescriptible, siendo importante para ello tener en cuenta el término establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

De acuerdo con lo expuesto, y en virtud del acatamiento del precedente vertical, el despacho acoge la postura del Consejo de Estado, de tener en cuenta para efectos de la prescripción de la sanción moratoria la fecha en la cual la entidad inició a ponerse en mora, y no desde la fecha del pago, como lo venía reconociendo este juzgador.

Ahora bien, comoquiera que el derecho se hizo exigible el día **27 de abril de 2016**, la parte actora estaba facultada para reclamar la indemnización a partir del día siguiente. Por ello, se concluye que el término para solicitar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria fenecía el **27 de abril de 2019**, situación que permite en el presente asunto operó la prescripción extintiva del derecho, en tanto, que la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria se presentó **15 de julio de 2019**.

Debe recordar el despacho que la interrupción de la prescripción tiene dos efectos, el primero de ellos hacia el pasado, que tiene como propósito evitar la extinción del derecho; mientras que el segundo, tiene efectos hacia el futuro, y su fin último es que la parte interesada ejerza el derecho de acción mientras persista la interrupción de dicha figura procesal.

En conclusión, advierte el despacho que, a pesar de que se encontró acreditado en el proceso que la entidad demandada incurrió en mora respecto del reconocimiento y pago del auxilio parcial de cesantías, no hay lugar al acceder al pago de la indemnización moratoria, por cuanto, sobre aquella operó el fenómeno de la prescripción extintiva, razón por la que el despacho declarará probada de oficio la excepción de prescripción del derecho.

Costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecencial en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones¹⁹ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración

¹⁹ CE, SCA, S2, SS “B”, sentencia de 28 de octubre de 2016, Rad. No.: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-

mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibidem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Vistos los artículos 188 de la Ley 1437 y 365 del Código General del Proceso, en especial, su numeral 8.º, sobre condena en costas y atendiendo a que el H. Consejo de Estado ha señalado el criterio objetivo-valorativo de la condena en costas que implica: i) objetivo porque que 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 y ii) valorativo porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. En el caso sub examine, el Despacho considera que no hay lugar a imponer una condena en costas a las partes, en la medida que, no se acreditó probatoriamente su causación, en primera instancia, es decir, no aparece prueba alguna que acredite los gastos en que incurrieron las partes para su defensa.

En efecto, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho de acción ejercido por la demandante estuvo orientado a la quebrantar la presunción de legalidad del acto acusado, pretensión que, si bien resultó favorable, cierto es que operó el fenómeno de la prescripción.

De igual forma, en lo que respecta a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

Amén de lo anterior, el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso²⁰ establece que «Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación²¹» y en el expediente no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen la condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez.

* CE, SCA, S2, SS "B", sentencia de 3 de noviembre de 2016. Rad. No. 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez

* CE, SCA, S2, SS "B", sentencia de 1 de enero de 2017, Rad. No.: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia Palacios De Mosquera.

* CE, SCA, S4, sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. No.: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo.

²⁰ Ley 1564 de 2012.

²¹ Se reitera el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, Exp. 20485, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción del derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, propuesta por la entidad demandada.

SEGUNDO: No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría, devuélvase al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y archívese el expediente

NOTÍFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez

Firmado Por:

Elkin Alonso Rodriguez Rodriguez
Juez
Juzgado Administrativo
Oral 046
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

5d64cd13ca60269fe6c1ef7d22f1781e1f02a5eddc81622a72eac844da86c963

Documento generado en 06/06/2022 08:27:55 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>