REPUBLICA DE COLOMBIA

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

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero dos mil veintidós (2022).

Expediente : **11001-3342-046-2020-00266-00**
Demandante : **MARIA XIMENA ROMERO NIAMPIRA**
Demandado : **NACION - MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTROS**

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

La señora María Ximena Romero Niampira, mediante apoderado, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar 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 – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otros, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones.

Se declare la configuración del acto ficto o presunto frente a la petición de 24 de mayo de 2019, por medio de la cual se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

Se declare la nulidad del acto ficto presunto configurado frente a la petición de 24 de mayo de 2019, por medio del cual, se niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho solicita *"…reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 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.

… dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA.

… al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

… al reconocimiento y pago de intereses moratorios 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…

Condenar en costas".

1.3 Hechos.

Que mediante petición radicada el 17 de agosto de 2017, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de cesantías.

Relata que mediante Resolución No. 9563 de 7 de diciembre de 2017 la entidad, le reconoció y ordenó el pago de las cesantías.

La entidad efectuó el pago de las cesantías a la parte actora el *18 de febrero de 2019*.

El 24 de mayo de 2019, la parte demandante solicitó de la entidad, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria como consecuencia del pago tardío de las cesantías. Petición que no fue contestada por la entidad.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas la Ley 1071 de 2006, 91 de 1989, y 244 de 1995.

Manifiesta que el pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio, siempre han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, demorándose en algunas ocasiones hasta 5 años, contrario

a lo que ocurre con los demás servidores públicos, a los cuales se les paga sus cesantías, sin ningún tipo de retraso injustificado.

Asegura que la desigualdad se materializa al no reconocerse las cesantías de manera oportuna, colocando a su poderdante en una situación de discriminación frente a otros empleados públicos que pueden acceder a sus cesantías sin demoras injustificadas y en los términos que otorgó la ley para tal fin.

Por último afirma que la interpretación que se le debe dar a la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006, es la que ha indicado la jurisprudencia, en el entendido que el reconocimiento de las cesantías se debe hacer en 65 días y no por fuera de este tiempo, so pena de estar incursa la administración en sanción moratoria por el pago tardío de dicha prestación, que para el presente caso fue lo ocurrido, razón por la cual, solicita sean accedidas las pretensiones de la demanda.

1.5. Contestación de la demanda.

Por su parte, el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, contestó la demanda, pronunciándose frente a los hechos y oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando que pese a que los actos administrativos de reconocimiento de las cesantías sea expedidos por la Secretaría de Educación, ello no implica que el pago sea inmediato, comoquiera que se encuentra condicionado a turno y disponibilidad presupuestal, por tanto, su representada se acoge al principio de legalidad del presupuesto y no desconoce los precedentes jurisprudenciales que en materia de sanción moratoria ha establecido el Consejo de Estado.

Por último solicita que en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, no se acceda a la indexación de la sanción moratoria.

La **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL**, contestó la demanda 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, más no, la Secretaría de Educación.

Adicionalmente señala que la Fiduprevisora como administradora de la cuenta especial del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es a quien

compete el análisis sobre el pago de las cesantías, por tanto, la única intervención del ente territorial, es la elaboración y remisión del acto administrativo "que en ultimas es aprobado como en el caso de autos por el Fondo quien tiene a su cargo el pago de estas prestaciones sociales de los docentes". Concluye entonces, que su representada no está llamada a responder.

1.6 Alegatos de conclusión

El artículo 182A de la Ley 1437 de 2011[1], estableció los parámetros para proferir sentencia anticipada, por tanto, el despacho mediante proveído, corrió traslado a las partes por el término común de 10 días con el fin que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito.

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

Parte actora: Guardó silencio.

Entidades demandadas:

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Guardó silencio.

---

[1] Artículo adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021 "Por medio de la cual se reforma el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo -ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción"

"ARTÍCULO 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial:

a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;

b) Cuando no haya que practicar pruebas;

c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento;

d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.

El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia.

Cumplido lo anterior, se correrá traslado para alegar en la forma prevista en el' inciso final del artículo 181 de este código y la sentencia se expedirá por escrito.

(…)."

La Secretaría de Educación Distrital. Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

El problema jurídico se plantea en el sentido de determinar si a la parte demandante, le asiste o no derecho a que se le reconozca y pague la indemnización moratoria prevista en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006 y en el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, por el pago tardío de la cesantía definitiva.

2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ Mediante Resolución 9563 de 7 de diciembre de 2017 se le reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva a la señora María Ximena Romero Niampira.

- ✓ Certificado de pago de cesantías, mediante el cual, se constata que quedó a disposición a partir del 26 de abril de 2018 el cual no fue cobrado, reprogramándose nuevamente el 9 de julio de 2018.

- ✓ Mediante derecho de petición presentado el 24 de mayo de 2019, la parte demandante solicitó del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías.

2.3 Marco normativo y jurisprudencial

El despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.3.1. Del silencio administrativo negativo

Procede el Despacho a precisar si en el caso bajo estudio, operó el fenómeno del silencio administrativo respecto de la solicitud elevada por la parte demandante, el

24 de mayo de 2019, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sea lo primero, aclarar que el silencio administrativo conlleva en sí mismo una manifestación negativa o positiva de voluntad de la administración, generada por la omisión de dar respuesta a las peticiones, por tanto, se trata de un verdadero acto administrativo al que se le ha denominado “acto ficto o presunto”.

El artículo 83 del CPACA dispone:

> *“**ARTÍCULO 83. SILENCIO NEGATIVO.** Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.*
>
> *En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.*
> *La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.”.*

En el caso bajo estudio está demostrado que la parte actora radicó derecho de petición el día 24 de mayo de 2019, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual pretendió la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías, por tanto, y comoquiera que no obra en el expediente respuesta dada oportunamente por dicha entidad a la parte demandante, se considera que se configuró en su caso, el silencio administrativo negativo.

Aclarado lo anterior procede, el Despacho a establecer si el acto ficto negativo proferido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, está incurso en causal de nulidad que amerite su declaratoria, y en tal sentido, ordenar las condenas solicitadas como restablecimiento del derecho.

De la 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 la 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 retroactiva[2]; b) El de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro[3], y c) El de los pertenecientes a fondos privados de cesantías[4].

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 1990[5], 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 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."** (Subraya y Negrita por el Despacho)*

De lo anterior, se infiere que la Ley 50 de 1990 permitió que las cesantías fueran administradas por los fondos y 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.

---

[2] Contenido en la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.
[3] Establecido en el Decreto 3118 de 1968.
[4] Contemplado en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 de 1998
[5] "Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones".

Por su parte la Ley 244 de 1995[6], 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 2006[7] 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 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*

[6] "Se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones"
[7] "Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías"

imputable a este."

(Negrita por el Despacho)

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
3. 45 días para efectuar el pago, para un total de 65 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[8], 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:*

[8] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "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.

(…)

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".*

(Negrita por el Despacho).

En materia de reconocimiento de la sanción moratoria el Consejo de Estado[9] 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 definitiva debe ser oportuno, pues precisamente la finalidad de esta prestación es la de*

[9]Consejo de Estado, Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo. 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.

Consejo de Estado, Subsección A, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo. 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.

Consejo de Estado, Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo. 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.

'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, cobija 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 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 ibídem". Al respecto en idéntico sentido la Corte Constitucional recientemente 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 intensión 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 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."[10]

En reciente pronunciamiento de unificación de jurisprudencia[11] 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*

[10] Corte Constitucional **Sentencia SU336/17.**
[11] Consejo de Estado. Sección Segunda. 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.

244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

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

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley[12] *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."*

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 de que 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.

[12] Artículos 68 y 69 CPACA.

Ahora bien, en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 del 25 agosto de 2016, se determinó que la sanción moratoria no tiene el carácter de accesoria a la aludida prestación social, interpretándola como una expresión del derecho sancionador administrativo[13], de naturaleza indivisible y única, puesto que una vez es exigible empieza su causación de manera sucesiva hasta el pago de la cesantía. El anterior argumento se precisó en los siguientes términos:

> « […] como quiera que hay eventos en que la mora se extienda por más de un año y se produce por periodos sucesivos, es imperioso hacer una excepción a la regla planteada, no sin antes advertir que en el evento en que el empleador se retrase en la consignación de diferentes periodos de cesantías anualizadas, en forma sucesiva e incluso concurrente, no corre en forma independiente un día de salario por cada día de mora por cada uno de los periodos de cesantías debidos, sino que en el supuesto en que se produzca tal acumulación de periodos anuales de cesantías debidas, **corre una única sanción que va desde el primer día de mora que se causó respecto del primer periodo, hasta aquél en que se produzca el pago de la prestación, o el retiro del servicio, o los 24 meses, atendiendo los parámetros dados en los acápites previos.**»

De lo anterior, se concluye que por la naturaleza penalizadora de la sanción moratoria que procura el reconocimiento y pago dentro de la oportunidad prevista en la ley, su característica de indivisible, y en atención a que no constituye una prestación periódica, deberá reclamarse dentro los 3 años siguientes al momento en que se causa, so pena de que la prescripción la extinga en su totalidad.

De otro lado, se tiene que, siendo la sanción moratoria una penalidad, y comoquiera 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.

Analizado el marco jurídico aplicable corresponde al despacho entrar a pronunciarse respecto del caso en concreto atendiendo a los hechos demostrados en el proceso.

---

[13] Al respecto, se consideró: « […] 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. […]» (Se resalta)

CASO CONCRETO

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, observa el Despacho que la señora María Ximena Romero Niampira presentó la solicitud de reconocimiento y pago de su cesantía definitiva el **17 de agosto de 2017**, y que la entidad mediante Resolución No. 9563 de 7 de diciembre de 2017, expedida por la Directora de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de la cesantía definitiva en favor de la parte demandante.

De lo antes expuesto, y atendiendo a los términos señalados en el acápite que precede, que al haberse presentado la solicitud de reconocimiento de las cesantías el día **17 de agosto de 2017**, la entidad demandada debió expedir el acto administrativo de reconocimiento a más tardar el **8 de septiembre de 2017** y el pago se debió haber efectuado por parte de la entidad, teniendo en cuenta los 10 días hábiles de ejecutoria del acto administrativo, más los 45 días hábiles a partir de la fecha en que quedo en firme dicho acto, es decir, a más tardar el **30 de noviembre de 2017**.

Se precisa que el en presente asunto la parte accionante demostró que la fecha del pago de las cesantías, se efectuó el 26 de abril de 2018[14].

Así las cosas, se colige que en el presente caso la entidad demanda incurrió en mora en el pago de las cesantías de la demandante desde el **30 de noviembre de 2017** hasta el **26 de abril de 2018**, por ello, este Despacho accederá a las pretensiones de la demanda declarando la nulidad del acto administrativo demandado, y como restablecimiento del derecho procederá a ordenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de un día del salario devengado por la parte demandante por cada día de retardo, conforme al parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Se debe precisar que si bien es cierto la sanción moratoria de cesantías constituye un reconocimiento con cargo a la administración como correctivo impuesto por la demora en el pago de las mismas y que, en criterio de la Corte Constitucional[15] "*no solo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella*" y que en tal sentido no puede reconocerse simultáneamente con la indexación o

[14] Según se constata de la certificación de fecha 3 de agosto de 2021 suscrita por la Vicepresidencia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A., obrante en el numeral 10 del expediente digital.
[15] Sentencia C-448 de 1996.

actualización, en este caso no ocurre este reconocimiento, lo que habrá de ordenarse es el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías por el periodo referido desde el **30 de noviembre de 2017** hasta el **26 de abril de 2018**, por cuanto solo durante ese periodo se causó la sanción.

Sin embargo, a partir del **27 de abril de 2018** y hasta que se haga efectiva la condena, la administración está en la obligación de indexar la suma que resulte deber por concepto de sanción moratoria pues, con el transcurrir del tiempo, el valor de dicha sanción ha sufrido una depreciación; diferente hubiera ocurrido si la administración hubiera reconocido y pagado la sanción en el mismo momento en que cesó la mora, pero como no ocurrió así, las sumas debidas por ese concepto deben ser traídas a valor presente.

En este entendido, el despacho procederá a declarar la nulidad del acto ficto o presunto configurado por el silencio administrativo frente a la petición de 24 de mayo de 2019, por medio del cual se le negó a la parte demandante el pago de la sanción por mora contemplada en la Ley 1071 de 2006.

La entidad demandada, pagará a la parte demandante la diferencia entre la nueva liquidación y las sumas ajustadas teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \quad X \quad \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la parte demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió realizarse el pago de la moratoria.

En relación a la pretensión “intereses moratorios” debe precisarse que será denegada toda vez que la presente sentencia dispone que los valores a reconocer ha de indexarse de conformidad con el ordenamiento contencioso administrativo. De proceder como lo peticiona la parte actora, equivaldría realizar un doble pago por la misma razón esto es intereses comerciales e indexación. Se precisa que los intereses moratorios que se puedan causar serán de conformidad con el artículo 195 del CPACA.

Prescripción

En sentencia de unificación CE-SUJ004 de 25 de agosto de 2016[16], el Consejo de Estado precisó que la sanción moratoria es autónoma y prescriptible, siendo importante para ello tener en cuenta el término establecido en 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."*

Sobre el asunto que nos atañe en el presente proceso, es del caso requerir indicar que el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa, recientemente[17] 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 cesantías o desde el pago de las mismas.

De acuerdo a 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.

Así las cosas, comoquiera que la entidad demandada incurrió en mora desde el día 30 de noviembre de 2017, y que el derecho de petición a través del cual la parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria se radicó el 24 de mayo de 2019, se concluye que en el presente asunto no operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

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 los que se ventile un interés público, la sentencia

[16] Sección Segunda, Rad. N°. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14).
[17] En sentencias de 14 de junio de 2018, Rad. N°.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. N°. 08001-23-33-000-2015-00009-01 (3230-16); 19 de abril de 2018 08001-23-33-000-2013-00721-01 (2653-15).

dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso"[18].

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado[19], en relación con la norma antes citada expuso que contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.
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 en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, "teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes", también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "…en que haya controversia…" y "…sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de

---

[18] Artículo 366 "Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:
(…)
4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste 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.
(…)
[19] Expediente No, 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

su comprobación.

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho[20].

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

FALLA

PRIMERO. DECLARAR configurada la existencia del silencio administrativo, respecto de la petición presentada, por la señora María Ximena Romero Niampira, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día 24 de mayo de 2019.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD del acto ficto derivado de la omisión de respuesta a la petición elevada por la señora María Ximena Romero Niampira, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día 24 de mayo de 2019, por medio del cual, se le negó la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se CONDENA a LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reconocer y pagar a la señora MARÍA XIMENA ROMERO NIAMPIRA, identificada con la Cédula de Ciudadanía 52.409.471, a título de sanción moratoria por pago tardío de su cesantía definitiva, un día de salario por cada día de retardo, desde el **30 de noviembre de 2017** hasta el **26 de abril de 2018**, tal y como lo dispone el parágrafo del artículo 2° de la Ley 244 de 1995, modificado por el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, actualizados de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE.

[20] Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: MARIA ELENA MENDOZA SOTELO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

CUARTO. A las anteriores condenas se les dará cumplimiento según lo dispuesto en los artículos 187 inciso final, 192 y 195 del CPACA.

QUINTO. No hay lugar a condena en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO. Ejecutoriada esta providencia por secretaría, archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que los hubiere.

NOTIFÍQUESE 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:
4fec8985c3dfbdc33aedf89c5221e78f29df4677bf1d518aef5c852b069cf339
Documento generado en 24/01/2022 08:56:15 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica