

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO CUARENTA Y SIETE ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil veintidós (2022)

Clase de Proceso : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

Demandante : **JOHAN CAMILO HERRERA MORENO**
C.C. No. 1.069.725.783

Demandado : **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO**

Radicación : **Nº 11001-33-42-047-2020-00008-00**

Asunto : **Sanción moratoria**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y Siete Administrativo del Circuito de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

S E N T E N C I A

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA:

1.1.1 ASUNTO A DECIDIR Y COMPETENCIA

Vencido el término establecido en providencia del 18 de mayo de 2021 y según los parámetros normativos contenidos en el artículo 13 del Decreto Ley 806 de 2020 y en los artículos 182A¹, numeral 1, 187 y 189 del CPACA, procede el Despacho a decidir en primera instancia, el medio de control de Nulidad y

¹ Adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021.

Restablecimiento del Derecho regulada por el artículo 138 ibídem, promovida por el señor **JOHAN CAMILO HERRERA MORENO** actuando a través de apoderado especial, contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

La parte demandante solicita las siguientes:

1.1.2 PRETENSIONES

- 1. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día **09 DE JULIO DE 2019**, frente a la petición presentada **09 DE ABRIL DE 2019** en cuanto negó el derecho a pagar la **SANCION 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.*
- 2. Declarar que mi representado (sic) tiene derecho a que la **NACION -MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERI**, le reconozca y pague la **SANCION POR MORA** 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 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 a mi mandante, 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 los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la **SANCION MORATORIA** referida en el numeral anterior, 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.*
- 4. Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-** al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la **SANCION MORATORIA** reconocida en esta sentencia.*
- 5. 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, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

1.1.3. HECHOS

1.1.3.1. Hechos Relevantes.

Los principales hechos el Despacho los resume así:

1. El demandante en calidad de docente en los servicios educativos estatales solicitó el 01 de junio de 2018 a la Nación, Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de sus cesantías.
2. La Secretaría de Educación, reconoció y ordenó el pago de una cesantía solicitada a través de la Resolución 1898 de 22 de octubre de 2018.
3. La prestación fue cancelada el 17 de enero de 2019 y, teniendo en cuenta que la solicitud se efectuó el 01 de junio de 2018, el plazo que tenía la entidad para efectuar el pago era el 17 de septiembre de 2018, por lo tanto, transcurrieron 122 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles hasta la fecha de pago.
4. El día 09 de abril de 2019, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora ante la entidad accionada, quien resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó de conformidad con el procedimiento administrativo a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial con el objeto de llegar a acuerdos y sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible, y por ello adelanta la presente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

1.1.4. Normas Violadas

Fundamentos de derecho.

Fueron señaladas como transgredidas, las siguientes disposiciones:

1. LEGALES:

- Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15.
- Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2.
- Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5.

II. POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1 Demandante:

La posición de la parte demandante se extrae del acápite de *concepto de violación*, contenido en libelo introductorio de la acción, así:

El pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ha estado en menoscabo de las disposiciones que regulan la materia, demorándose, en algunos eventos, hasta 4 o 5 años, contrario al pago de las cesantías de los demás servidores del estado que al momento de solicitar sus cesantías, están siendo canceladas a más tardar dentro de los 30 días siguientes a su solicitud, por tratarse de emolumentos salariales que retiene el patrono, pero que son del empleado para cuando este quede cesante en su actividad.

Sostiene que de acuerdo al numeral 5 del artículo 2 de la Ley 91 de 1989, el actor tiene la calidad de docente nacional o nacionalizado y al ser reconocida la prestación con posterioridad a la disposición en mención, la sanción moratoria deprecada está a cargo de la entidad demandada.

Trascribe los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, los cuales hacen referencia al término que tiene la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento de la cesantía que es de 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, el plazo máximo con el que cuenta la entidad para efectuar el pago de la prestación que es de 45 días hábiles a partir de la firmeza del acto administrativo y, el reconocimiento y pago de la sanción por moratoria equivalente a 1 día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago, por parte de la entidad.

Argumenta que, pese a que la norma en mención fue sustituida por la Ley 1071 de 2006, es claro que la intención del legislador fue buscar que una vez el empleado quedara cesante en su empleo, pueda obtener recursos rápidos para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos al retirarse o perder su trabajo, indica que la sanción solo hacía referencia a las cesantías definitivas, sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 1071 de 2006, la protección de que el trabajador pudiera obtener su pago de la cesantía antes de los 65 días después de radicada la solicitud fue ampliada a la cesantía parcial a través de la disposición en mención.

Señala que el reconocimiento y pago de la cesantía de la parte actora está siendo burlada por la entidad demandada, toda vez, que se encuentra cancelado la prestación, con posterioridad a los sesenta y cinco (65) días después de haber realizado la petición de las mismas obviando la protección de los derechos al trabajador y haciéndose el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía.

Finalmente, transcribe apartes de jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema de la sanción por mora entre ellas la sentencia del 8 de abril de 2008, M.P Gerardo Arenas Monsalve radicado No 73001-23-31-000-2004-01302-02 (1872-07), en la que se establece que la sanción contenida en la Ley 244 de 1995, se encuentra a cargo del empleador moroso a favor del trabajador por el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de ley, pues su espíritu normativo propende a proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías y, la providencia del 28 de enero de 2010, M.P Gerardo Arenas Monsalve expediente No 2266-08, en la que se contempló que cuando no exista pronunciamiento de la administración frente a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías, los términos deben contabilizarse a partir del día siguiente de la petición.

2.1.2 Demandada.

La entidad accionada presentó contestación de demanda en término a través de escrito allegado el día 05 de marzo de 2021, proponiendo las

Radicación: N° 11001-33-42-047-2020-00008 -00
Demandante: Johan Camilo Herrera Moreno
Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fomag
Asunto: Sentencia-Sanción Moratoria

excepciones de fondo: improcedencia de la indexación moratoria e improcedencia de la condena en costas, las cuales constituyen argumentos de fondo y de defensa que serán objeto de estudio en el desarrollo de la sentencia.

Por otra parte, precisa los fundamentos de derecho de los términos para el reconocimiento y pago de la sanción mora según los parámetros normativos de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006.

En cuanto a la sanción moratoria hace alusión a los parámetros dictaminados mediante sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU-336-17 concluyendo que (i) la sanción moratoria busca contribuir con la mengua de las cargas económicas que pueden enfrentar los asalariados por la demora injustificada del pago de sus cesantías, (ii) los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, no obstante, sus funciones y características se asemejan a los mismos y por ende se les aplicara el régimen general en lo que no regule la Ley 91 de 1989, (iii) la intención del legislador fue fijar la sanción mora tanto para todos los funcionarios públicos y los servidores estatales, es decir, involucrando a todo el aparato del estado, tanto a nivel nacional como territorial, (iv) la aplicación de este régimen propende por la protección al derecho a la seguridad social, (v) se propende por el derecho a la igualdad entre personas que se encuentran en el mismo contexto fáctico, (vi) la aplicación del régimen general de los servidores públicos a los docentes, se convierte en la condición más beneficiosa y la que más se adapta a la interpretación constitucional.

Frente al cálculo de la sanción moratoria, hace referencia a la SU-012-S2 del 18 de julio de 2018 proferida por el Consejo de Estado, precisando que la mora inicia a los setenta días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud.

Señala que, en el caso concreto se establece que el docente realizó la solicitud de cesantías el 01 de junio de 2018, de allí que los 70 días para el reconocimiento y pago de la prestación feneció el 17 de septiembre de 2018, la mora iniciaría a contarse desde el 18 de septiembre de 2018 hasta un día antes del pago efectivo de la prestación esto es el 17 de enero de 2019, para un total de 121 días de mora.

III. TRAMITE PROCESAL

La demanda se presentó ante la Oficina de Apoyo el día 18 de agosto de 2020, asignada por reparto a esta sede judicial; se admitió por auto calendado del 25 de noviembre de 2020 y se notificó al Ministerio de Educación Nacional, quien contestó la demanda dentro del término legal.

Mediante auto del 18 de mayo de 2021, se prescindió del término probatorio; fijó el litigio y corrió traslado para que las partes presentaran sus alegaciones finales, todo lo anterior, con fundamento en el numeral 1 del artículo 182A de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021.

3.1. Alegatos de Conclusión:

3.1.1. Parte actora

La parte actora presentó alegatos de conclusión en tiempo, mediante memorial enviado al correo electrónico del Despacho el 31 de mayo de 2021², reiterando hechos, pretensiones y argumentos expuestos en la demanda.

Resalta que, la sentencia de unificación de fecha de 18 de julio de 2018, radicado No 73001-23-33-000-2014-00580-00 (4961-2015), se ratificaron tanto los términos para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de acuerdo a lo que consagra la Ley 1071 de 2006, como el derecho que tienen los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al ser beneficiarios de dicho reconocimiento en caso de que la entidad supere los términos fijados por la misma ley.

Indica que, teniendo en cuenta las pruebas que obran dentro del expediente se tiene que el actor solicitó las cesantías el día 01 de junio de 2018, por lo cual, la entidad tenía hasta el 17 de septiembre de 2018, para reconocer y pagar dicha prestación, pues para esa fecha, se cumplían los 70 días hábiles otorgados por la Ley, sin embargo, la prestación fue pagada

² Ver documento digital “14AlegatosDemandante.pdf.”

Radicación: N° 11001-33-42-047-2020-00008 -00
Demandante: Johan Camilo Herrera Moreno
Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fomag
Asunto: Sentencia-Sanción Moratoria

hasta el día 17 de enero de 2019, por la entidad, por lo cual es claro que esta superó dicho término, generando con ello una mora de 121 días favor del docente Johan Camilo Herrera Moreno.

En relación a la indexación, refiere que la sentencia de fecha 26 de agosto de 2019, radicado 68001-23-33-000-2016-00406-01 SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, precisó los alcances de la SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, y por lo tanto, solicita se aplique la indexación en el caso de la referencia desde el 20 de septiembre de 2019, hasta la fecha en que se cause la ejecutoria de la sentencia y desde la ejecutoria de la sentencia hasta que la entidad efectúe el pago.

Por lo anterior, solicita de acceda a las pretensiones de la demanda.

2.1.2. Demandada:

Vencido el término del traslado, la apoderada judicial del Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó alegatos de conclusión en tiempo³, mediante memorial enviado al correo electrónico del Despacho el 31 de mayo de 2021, en el cual hace un recuento normativo de la Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, concluyendo que a los docentes le son aplicables las disposiciones normativas en relación a la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

Indica que el Consejo de Estado en sentencia de unificación SUJ-012 de -S2 del 18 de julio de 2018, estableció los criterios para determinar el momento a partir del cual se debe empezar a contar los días de mora y el salario base aplicable. Dentro de los eventos señalados por el Órgano de cierre está el caso de cuando la administración dio respuesta extemporánea a la solicitud de cesantías parciales o definitivas, en el cual la mora inicia después de los 70 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud.

En relación al salario señala que la sentencia de unificación determinó que tratándose de cesantías definitivas el salario corresponde a la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público y, en las cesantías parciales se deberá tener en cuenta la asignación

³ Ver documento digital "13AlegatosFiduprevisora.pdf."

básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación del tiempo.

Advierte la improcedencia de la indexación en la sanción moratoria, toda vez, que el Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha 18 de julio de 2018, expediente No 730001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-15) precisó que *“ La indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, aquellas que deben satisfacerse mediante el pago de una cantidad de moneda determinada entre las que se cuentan, por supuesto, las de índole laboral, en la medida que el fenómeno inflacionario produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda. Esta figura, nace como una respuesta a un fenómeno económico derivado del proceso de depreciación de la moneda, cuya finalidad última es conservar en el tiempo su poder adquisitivo, de manera que, en aplicación de principios como el de equidad y de justicia, de reciprocidad contractual, el de integridad del pago y el de reparación integral del daño, el acreedor de cualquier obligación de ejecución diferida en el tiempo esté protegido contra sus efectos nocivos ”*

Por lo anterior, manifiesta que la figura de la sanción moratoria es incompatible con la indexación, pues, de no ser así se constituiría en una doble sanción para la administración haciendo más gravosa su situación, por ende, no es viable que el juzgador ordene el reconocimiento de las dos figuras.

De otra parte, señala: i) la obligatoriedad del precedente conforme al artículo 277 del CPACA y transcribe un aparte de la sentencia C-816 de 2011 de la Corte Constitucional, respecto al carácter vinculante de las decisiones de los órganos de cierre, en consecuencia, indica que el caso de la referencia ya fue estudiado en sentencia de unificación por parte del Consejo de Estado, donde se fijaron reglas de obligatorio cumplimiento por parte de los jueces y Tribunales Administrativos además de la aplicación retrospectiva de la providencia y; ii) la improcedencia de la condena en costas conforme al numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso pues, solo habrá condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación, por lo tanto, y en ausencia de su comprobación, no procede la condena en costas por cuanto los argumentos de defensa de la parte demandante fueron inminentemente jurídicos, conforme se observa en el expediente.

Finalmente, manifiesta que en el caso concreto se configuraron 121 días de mora, por lo tanto, solicita que en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, se tenga en cuenta lo expuesto frente a la imposibilidad de acceder a la indexación de la sanción moratoria y no se condene en costas.

3.1.3. Ministerio Público:

La Representante del Ministerio Público no emitió concepto alguno dentro del presente asunto.

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

IV. CONSIDERACIONES

Por razones de orden metodológico, el Despacho en primer término recordará el problema jurídico, analizará la normatividad aplicable al caso y finalmente resolverá el caso concreto, previo el examen de las pruebas allegadas y practicadas en el plenario.

4.1. Problema Jurídico

Mediante auto de 18 de mayo de 2021, la fijación del litigio se estableció así:

(...)

la fijación del litigio consiste en establecer si la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconozca a su favor el pago de un día de salario por cada día de retardo en el reconocimiento y pago de sus cesantías, por concepto de la sanción establecida en la Ley 1071 de 2006. De esta manera queda fijado el litigio.

(...)

4.2. Normatividad aplicable al caso

La Ley 244 de 1995 mediante la cual “*Se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones*”, consagraba el procedimiento a aplicarse para que las entidades efectuaran el pago de las cesantías a los servidores públicos; sin

embargo, esta normativa fue modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006⁴ que señaló:

1. Como destinatarios de la misma a todos los empleados públicos y trabajadores del Estado se incluye a los docentes, pues, el numeral 3 del art 15 de la Ley 91 de 1989, que consagra el reconocimiento de cesantías en el régimen retroactivo y anualizado, destaca que las cesantías que pasan al Fomag, continuarían sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional, igual se indica en el numeral 1°, que para efectos de prestaciones económicas y sociales, se regirían por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, para aquellos vinculados a partir del 1 de enero de 1990 y para los vinculados con anterioridad, destacó que conservarían el régimen de la entidad territorial.
2. Estableció los términos en que se debe dar el reconocimiento y pago de las cesantías, bien sea para el retiro parcial o definitivo de las mismas, así: 15 días a partir de la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías para expedir la respectiva resolución, 10 días para que en caso de estar incompleta la petición, la entidad le señale al peticionario los documentos necesarios a adjuntar, y 45 días a partir de la firmeza del acto administrativo para efectuar el pago.
3. Dispuso una sanción para la entidad obligada al reconocimiento de las cesantías de 1 día de salario por cada día de mora en que incurra, frente al pago de las cesantías.

Respecto a los términos dispuestos por la norma en estudio para el pago de las cesantías, existe línea jurisprudencial del Consejo de Estado⁵: 15 días a partir de la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías para expedir la resolución, 5/10 días de ejecutoria, y 45 días para efectuar el pago, para un total de 65/70 días hábiles.

⁴ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley [244](#) de 1995, se regula el pago de las cesantías”.

⁵ Véanse las sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado: SU N° 00580 de 18 de julio de 2018, No. 2019870 del 11 de julio de 2013 CP Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, No. 2016553 del 21 de marzo de 2013 MP BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ, No. 2014991 del 31 de enero de 2013 MP VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, No. 2015103 del 22 de noviembre de 2013 MP ALFONSO RINCÓN VARGAS y No. 1300123310001999030201 del 8 de mayo de 2008.

Radicación: N° 11001-33-42-047-2020-00008 -00
Demandante: Johan Camilo Herrera Moreno
Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fomag
Asunto: Sentencia-Sanción Moratoria

En efecto, el término de ejecutoria que trae la norma, ha de integrarse con lo dispuesto bien en el anterior Código Contencioso Administrativo que rigió hasta el 01 de julio de 2012 o en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), cuya entrada en vigencia se dio a partir del 2 de julio de 2012, dependiendo entonces de la fecha en que se haya efectuado la solicitud de reconocimiento de cesantía, que permita determinar la normativa que regenta el derecho de petición.

La normativa no señala ninguna excepción a la aplicación de la sanción, lo que quiere decir que, si no se pagó dentro del término estipulado para ello, la sanción es procedente.

El Consejo de Estado ha sostenido en reiterada jurisprudencia, que la aplicación de la sanción moratoria debe darse siempre que la entidad incurra en la mora de los términos establecidos en la Ley, para el reconocimiento bien sea de la cesantía definitiva por retiro, o de la cesantía parcial para alguno de los ítems que la ley dispone.

Por lo anterior, este Despacho dará aplicación a la norma y a la jurisprudencia anteriormente estudiada.

Frente a los días en mora, el Consejo de Estado en sentencia del 22 de noviembre de 2012, con ponencia del magistrado Danilo Rojas Betancur, dentro del expediente con radicado interno No. 24872, señaló que como la norma no distinguió entre días hábiles o inhábiles al plantear el término de la mora, se debían entender como calendario; posición que resulta acertada teniendo en cuenta que los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006 -norma en estudio-, señalan taxativamente frente a los términos para el pago de las cesantías, que serán tenidos como días hábiles; sin embargo, al referirse en el párrafo del artículo 6 a la sanción moratoria no establece que se tenga como días hábiles el término en que se configure la mora -como sí lo hizo con los demás términos allí determinados-, razón por la cual estos deberán entenderse como días calendario.

Se precisa que el término salario, debe tenerse como el salario básico devengado por el empleado, toda vez que no se trata de la liquidación de prestación social de cesantía en la cual concurren otros factores salariales, sino de la mora a título de penalización por el retardo.

Finalmente, la interpretación normativa anterior fue ratificada en sentencia de unificación SUJ-012-CE-S2 de 18 de julio de 2018, en la cual se sigue la línea establecida por la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU 336/17⁶, en la cual se establece que si bien los docentes son definidos como empleados oficiales de régimen especial, les es aplicable el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995 modificado por la Ley 1071 de 2006 en la medida que resulta ser la condición más beneficiosa y materializa los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política.

4.3. Caso concreto

Pruebas relevantes que se encuentran en el presente proceso y que respaldan lo pretendido:

- Resolución 001898 de 22 de octubre de 2018, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva de conformidad a la solicitud elevada el 01 de junio de 2018, bajo el radicado 2018-CES-577426, por un valor neto de \$2.836.161 a favor del accionante⁷.
- Certificado de Fiduprevisora de fecha 05 de junio de 2019, en el que indica que el pago de la cesantía definitiva reconocida al actor a través de la Resolución No 1898 de 22 de octubre de 2018, quedó a disposición a partir del 17 de enero de 2019⁸.
- Petición elevada por el apoderado judicial del accionante de fecha 09 de abril de 2019, a través de la cual solicita el reconocimiento y

⁶ M.P. Iván Humberto Escruería Mayolo.

⁷ Ver documento digital "01Demanda.pdf." Fls. 19-21.

⁸ Ver documento digital "01Demanda.pdf." Fl.22

pago de la sanción moratoria por el reconocimiento tardío de las cesantías⁹.

- Constancia de la Procuraduría 137 Judicial II Para Asuntos Administrativos, de fecha 30 de octubre de 2019, por medio de la cual declara agotado el requisito de procedibilidad exigido para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por falta de ánimo conciliatorio; conciliación extrajudicial No E -2019-510567-137-227-2019 del 29 de agosto de 2019¹⁰.

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, habiendo sido presentada la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales por la parte demandante el 01 de junio de 2018, contaba la administración con el plazo de 15 días para resolverla, el cual se vencía el 26 de junio de 2018, término que fue incumplido, pues la entidad, a través de la Secretaría de Educación Distrital profirió el acto administrativo de reconocimiento sólo hasta el 22 de octubre de 2018; por lo cual, no será tomada en cuenta la fecha del reconocimiento para efectuar el conteo de los 45 días siguientes para el pago, sino la de la petición por haberse dado fuera del término legal el reconocimiento, así entonces:

Petición	15 días para proferir el A.A	10 días de ejecutoria (art. 76 CPACA)	Pago oportuno	Pago efectuado	Días de mora
01/06/2018	26/06/2018	11/07/2018	17/09/2018	17/01/2019	121

Ahora bien, transcurrió un término de 121 días, frente a los cuales se condenará a la entidad demandada al pago de 1 día de salario de la demandante por cada uno de los días en que incurrió en mora.

4.4. Prescripción:

El Despacho advierte un cambio de posición en relación a la interpretación jurídica de la prescripción en los procesos de reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías definitivas o parciales como quiera que esta se contabilizaba a partir del pago de las cesantías; no obstante, y en consideración a la siguiente línea jurisprudencial frente al tema, se

⁹ Ver documento digital "03memorial.pdf." Fls. 2-3

¹⁰ Ver documento digital "01Demanda.pdf." Fl. 23-24

Radicación: N° 11001-33-42-047-2020-00008 -00

Demandante: Johan Camilo Herrera Moreno

Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fomag

Asunto: Sentencia-Sanción Moratoria

contabilizará la prescripción desde el momento en el que se haga exigible el reconocimiento de las cesantías, es decir, según el plazo legal establecido en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006.

En cuanto a la prescripción de la exigibilidad del derecho a la sanción moratoria, el Consejo de Estado desde Sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016¹¹ determinó que es a partir de que se causa la obligación - sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial.

Posición reiterada por el órgano de cierre en sentencia de 15 de febrero de 2018, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, en la que se manifestó que si bien es cierto la existencia de la sanción moratoria deriva de las cesantías, dicha sanción no depende del reconocimiento de estas, 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.

En cuanto al fundamento jurídico aplicable, se debe tener en cuenta el contenido normativo del artículo 151¹² del Código de Procedimiento Laboral, ya que en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 no se contempla la prescripción para 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.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Bogotá, D.C., 25 de agosto de 2016. Radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). Apelación sentencia - autoridades municipales. Actor: Yesenia Esther Hereira Castillo. Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016.

¹² 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.*

Radicación: N° 11001-33-42-047-2020-00008 -00

Demandante: Johan Camilo Herrera Moreno

Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fomag

Asunto: Sentencia-Sanción Moratoria

Igualmente, en sentencia de unificación SUJ-012-CE-S2 de 2018¹³, se profundiza sobre el régimen de cesantía especial docente, esclareciendo el punto de la exigibilidad de la sanción moratoria por reconocimiento definitivo y parcial, considerando todos los pormenores y posibilidades dentro de la actuación administrativa, esto es, si existe o no pronunciamiento de la administración, y que se haga dentro de los términos descritos por el legislador, reiterándose que la penalidad se encuentra justificada en el simple incumplimiento del pago, ratifica de otro lado la improcedencia de la indexación sobre la sanción moratoria al tratarse de una penalidad de carácter económico, sin que ello implique desconocer el ajuste a valor de la condena eventual contenido en el artículo 187 CPACA.

Finalmente, en sentencia de unificación CE-SUJ-SII-022-2020 de 6 de agosto de 2020, se analiza cómo debe ser entendida la prescripción trienal sobre la sanción por mora en el pago de las cesantías, tomando como punto de partida el artículo 2535 del Código Civil, el cual, si bien no es aplicable en materia laboral por existir norma especial, sí es útil a efectos de esclarecer el momento a partir del cual inicia la prescripción, así:

Artículo 2535. Prescripción extintiva. La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.
(negrilla fuera de texto)

El Alto Tribunal, aduce que la reclamación del empleado sobre un derecho o prestación debida, tendrá que efectuarse dentro de los 3 años siguientes al momento en el cual surge el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, so pena de la prescripción, término susceptible de interrupción a través del simple reclamo escrito del trabajador.

Si bien es cierto, en esta sentencia se determinó el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de las cesantías anualizadas, también se define de manera general el concepto de prescripción, su

¹³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, 18 de julio de 2018, Rad. No.: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15).

Radicación: N° 11001-33-42-047-2020-00008 -00
Demandante: Johan Camilo Herrera Moreno
Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fomag
Asunto: Sentencia-Sanción Moratoria

objeto y punto de partida siendo este último el que determina el momento a partir del cual se hace exigible; por lo tanto, si en la sanción moratoria por no consignación de las cesantías anualizadas la exigibilidad es a partir del día 15 de febrero de cada anualidad, para la instancia el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria no es otro que a partir del día siguiente en que la entidad debía efectuar el pago, es decir, el día 70 en aplicación de la ley 1071 de 2006.

El Despacho entrará a resolver de oficio si en el presente asunto ha ocurrido el fenómeno jurídico de la prescripción.

Según la línea jurisprudencial anterior y bajo los supuestos fácticos presentados en este proceso, se establece que el derecho a reclamar la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías ordenadas en la Resolución 1898 de 22 de octubre de 20018, se hace exigible a partir del día **18 de septiembre de 2018**, presentándose reclamación administrativa el **09 de abril de 2019**, es decir, se interrumpió en tiempo el término de la prescripción, por lo cual no se configuró éste fenómeno jurídico, toda vez, que presentó demanda el 17 de enero de 2020.

4.5 Acto presunto negativo.

Finalmente, y dado que la entidad no ha acreditado respuesta de fondo a la reclamación efectuada a nombre del demandante el **09 de abril de 2019**, se declara configurado el silencio administrativo negativo el día **09 de julio de 2019**, de conformidad con lo establecido en el artículo 83 del C.P.A.C.A.

4.6 Indexación.

En anteriores decisiones esta agencia judicial indicó la improcedencia de la indexación en la sanción moratoria de cesantías, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, sin embargo, y atendiendo la sentencia de unificación del Consejo de Estado CE-SUJ2-012-18 de 18 de julio de 2018¹⁴, este Despacho advierte un cambio de posición al considerar, como bien, lo expone la providencia en cita que: i) la sanción moratoria de cesantías no es un derecho laboral, sino una penalidad

¹⁴ Radicado 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15 C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Radicación: N° 11001-33-42-047-2020-00008 -00
Demandante: Johan Camilo Herrera Moreno
Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fomag
Asunto: Sentencia-Sanción Moratoria

dirigida a sancionar el incumplimiento de los plazos previstos en la Ley para el reconocimiento y pago de las cesantías y; ii) la indexación de la sanción mora bajo los términos del artículo 187 del CPACA, no es procedente, por cuanto, la sentencia no reivindica ningún derecho ni obligación insatisfecha, ya que es un beneficio económico para el demandante originado por la demora en el pago de la prestación; además, la aplicación del artículo ibídem conlleva obligatoriamente a la actualización de la sanción moratoria, pues de ella se deriva el ajuste de valor a pagar.

Por lo anterior, el Despacho acatará el criterio de interpretación, según el cual, no es procedente ajustar o indexar los valores de la condena correspondientes a la sanción moratoria en los términos del artículo 187 del CPACA, rectificando así la anterior posición, sobre la base de considerar que el texto de la norma se limita a señalar el contenido genérico de una sentencia y el pago de sumas de dinero sin hacer alusión a la posibilidad de indexar la condena.

4.7 COSTAS.

Finalmente, la Instancia no condenará en costas teniendo en cuenta que el artículo 188 del C.P.A.C.A., que no exige la condena en sí misma, sino el pronunciamiento por parte del operador judicial, en razón a lo anterior, este Despacho advierte que no encontró respecto a la parte vencida conducta reprochable, por tanto, no se hace necesaria la sanción.

Así las cosas, analizada la demanda, su contestación, el material probatorio y las alegaciones de las partes frente a la normatividad aplicable al caso controvertido y al criterio que ha sostenido esta jurisdicción sobre el tema de que se trata, se llega a la conclusión que deben ser acogidas las súplicas de este medio de control.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado 47 Administrativo 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 de oficio no probada la excepción de prescripción, según se indicó en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR la existencia del acto presunto negativo originado por el silencio administrativo de la Nación -Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ante la reclamación radicada el 09 de abril de 2019, por el demandante, **a partir del 09 de julio de 2019,** conforme se explicó.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del acto presunto negativo configurado el 09 de julio de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO,** a **RECONOCER y PAGAR** al señor **JOHAN CAMILO HERRERA MORENO** identificado con **cédula de ciudadanía No. 1.069.725.783,** la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora, **del 18 de septiembre de 2018 al 16 de enero de 2019, para un total de ciento veintiún días (121) días adeudados**¹⁵, teniendo en cuenta la asignación básica vigente al momento del retiro del servicio.

QUINTO: La entidad deberá cumplir la sentencia en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Sin costas en la instancia.

15

Petición	15 días para proferir el A.A	10 días de ejecutoria (art. 76 CPACA)	Pago oportuno	Pago efectuado	Días de mora
01/06/2018	26/06/2018	11/07/2018	17/09/2018	17/01/2019	121

Radicación: N° 11001-33-42-047-2020-00008 -00
Demandante: Johan Camilo Herrera Moreno
Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fomag
Asunto: Sentencia-Sanción Moratoria

SEPTIMO: Ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE¹⁶, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

LEYDI JOHANNA CARDOZO GALLEGO
Juez

16

	Correos de notificación
Parte demandante	notificacionescundinamarcalgab@gmail.com
Parte demandada	notjudicial@fiduprevisora.com.co ; notjudicial1@fiduprevisora.com.co ; t_amolina@fiduprevisora.com.co ; notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
Ministerio Público	zmladino@procuraduria.gov.co
Defensa Jurídica del Estado	procesosnacionales@defensajuridica.gov.co

Radicación: N° 11001-33-42-047-2020-00008 -00
Demandante: Johan Camilo Herrera Moreno
Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fomag
Asunto: Sentencia-Sanción Moratoria

Firmado Por:

Leydi Johanna Cardozo Gallego
Juez
Juzgado Administrativo
047
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:

6d94259e9503aec92dc7be88cbabd7551c2da8edad0911792fd29250120970
19

Documento generado en 06/04/2022 06:19:38 PM

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