

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

Bogotá D.C., tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022)

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

Demandante : **DORA ELVIA SABOGAL HERRERA.**
C.C. No. 41.465.961.

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

Radicación : **Nº 11001334204720200020400**

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 8 de junio 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, el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho regulada por

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

el artículo 138 ibidem, promovida por la señora **DORA ELVIA SABOGAL HERRERA** 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

(...)

DECLARACIONES Y CONDENAS

PRIMERO: Solicito se tenga como configurado el acto ficto o presunto negativo, generado como consecuencia del **Silencio Administrativo Negativo** en razón a que la entidad demandada FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, no notificó con los requisitos de ley, y en el término establecido por la norma, decisión frente a la petición N° **E-2019-146070 del 10 de septiembre del 2019**, referente al reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en el parágrafo del artículo 5 de la **Ley 1071 de 2006**.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaratoria descrita en el numeral anterior, solicito se declare la nulidad del acto ficto o presunto negativo, proferido por el representante del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – oficina regional de Bogotá D.C., mediante el cual no resuelve la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora según el artículo 4 y 5 de la **Ley 1071 de 2006 (Artículo 2 de la Ley 244 de 1995)**.

TERCERO: Que como consecuencia de la declaratoria de la **NULIDAD del ACTO FICTO PRESUNTO NEGATIVO**, generado como resultado del silencio negativo presentado por la falta de respuesta de fondo a la petición número **E-2019-146070 del 10 de septiembre del 2019**; proferido por la entidad demandada, mediante el cual se entiende negado el reconocimiento y pago de la sanción por la mora en la expedición del acto administrativo que reconoce y ordena el pago de una **CESANTIA DEFINITIVA**, así como la mora en el pago, conforme a lo establecido en los Artículos 4 y 5 de la **Ley 1071 de 2006 (Artículo 2 de lo Ley 244 de 1995)**, se **CONDENE a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - REGIONAL BOGOTÁ, y/o FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a RECONOCER Y PAGAR el valor de la SANCIÓN POR LA MORA: 3.1 En la expedición del acto administrativo que reconoce y ordena el pago de cesantía a favor de mis poderdantes. 3.2 El pago tardío de la cesantía reconocida a favor de mis poderdantes.**

CUARTO: Condenar a la demandada a reconocer y pagar la **INDEXACION** sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto sanción moratoria solicitados acorde con el IPC, desde el día siguiente del pago de las cesantías hasta el día en que cobre ejecutoria la sentencia que ponga fin al presente medio de Control, de conformidad con las normas que rigen esta materia.

QUINTO: Se condene en costas las entidades demandadas, incluyendo Agencias en Derecho las cuales las estimo en Tres (03) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes – SMLMV – y gastos procesales.

1.3. HECHOS

1.1.3.1. Hechos Relevantes.

Los principales hechos el Despacho los resume así:

- 1.** La demandante en calidad de docente en los servicios educativos estatales fue vinculada en propiedad a la Secretaría Distrital de Educación desde el 20 de febrero de 1970, conservando el régimen de cesantía de retroactividad.
- 2.** A partir del día 15 de marzo de 2016, fue retirada de forma definitiva del servicio por invalidez a través de la Resolución 2018 del 25 de febrero de 2016.
- 3.** El día 11 de julio de 2016 bajo el radicado 2016-CES-352312, ante la Secretaría de Educación Distrital, el reconocimiento y pago de una cesantía definitiva por retiro del servicio.
- 4.** La Secretaría de Educación de Bogotá en nombre de FONPREMAG, reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva a través de la Resolución 7562 de 3 de octubre de 2017.
- 5.** El pago de las cesantías anteriormente mencionadas fue efectuado el 26 de diciembre de 2017 por intermedio de la entidad bancaria.
- 6.** El día 10 de septiembre de 2019 la accionante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, FONPREMAG, bajo el radicado E-2019-146070.

1.1.4. Normas Violadas

Fundamentos de derecho.

Fueron señaladas como transgredidas, las siguientes disposiciones:

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA

- Artículos 2,13,16,25,29,48,53, 58 y 228.

2. LEGALES:

- Ley 57 y 153 de 1887.
- Decreto 2277 de 1979.
- Ley 91 de 1989.
- Ley 4° de 1992.
- Ley 244 de 1995.
- Ley 1071 de 2006.

II. POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1 Demandante:

La posición de la parte demandante se extrae del acápite *de fundamentos de derecho de las pretensiones*, contenido en libelo introductorio de la acción², así:

Asevera el extremo demandante que el derecho en debate se constituye en un bien que fue desprotegido por la entidad accionada contrariando el artículo 2° de la Constitución Política que ordena para el trabajo una especial protección especial por parte del Estado, así mismo, se materializa la vulneración del artículo 13 de la C.P debido a que actualmente existen docentes a los cuales se les ha reconocido la sanción mora en el pago de cesantías; igualmente se quebranta el artículo 16 de la C.P, pues se impone el deber a cargo de los funcionarios públicos y el Estado a velar por la protección y asistencia de las personas de tercera edad.

De otro lado el acto administrativo acusado viola el debido proceso ya que no se da estricto cumplimiento al procedimiento administrativo en materia probatoria que debió ser tenido en cuenta por parte de la Nación-Ministerio de Educación Nacional- FONPREMAG, según la ley 1071 de 2006.

También, se omiten por la entidad accionada los presupuestos constitucionales plasmados en los incisos 2 y 3 del art. 53 de la C.P que

² Ver anexo digital “01Demanda”, hoja del 3 al 13 del PDF.

consagran la garantía al pago y reajuste periódico de las pensiones legales y la aplicación más favorable al trabajador en concordancia con el art. 48 de la C.P y sentencia C-862 de 2006.

Adicionalmente, la reclamación de la accionante se encuentra amparada por el art. 58 de la carta política al tratarse de un derecho adquirido, lo que también implica la vulneración a las leyes 57 y 153 de 1887.

Frente a la violación de normas legales, la ley 1437 de 2011, permite ejercer el control jurisdiccional para preservar la legalidad de la actividad administrativa, constituyéndose en una garantía para los ciudadanos; es así como, la jurisdicción administrativa prevé causales de nulidad de los actos administrativos para su anulación, los cuales se encuentran contenidos en el art. 138 de la norma ibidem.

Se tiene entonces que entre los presupuestos normativos desconocidos por la administración encontramos la ley 4° de 1992 artículo 2°, que precisa la importancia de los derechos adquiridos, frente a la ley 91 de 28 de diciembre de 1989, se desconoce el derecho que tienen los docentes nacionalizados nombrados antes del 31 de diciembre de 1989 a pagar un auxilio equivalente a 1 mes de salario por cada año de servicio o proporcional por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, en oportunidad.

En cuanto a la sanción por mora en el pago la ley 1071 de 2006 y ley 244 de 1995, establecen sanciones y fijan términos para el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos y de sus entidades territoriales y por servicios, independientemente al régimen al cual pertenezcan, en particular los afiliados a FONPREMAG.

En cuanto a los términos otorgados para la cancelación de las mismas, el artículo 4° de la ley 1071 de 2006, determinó:

(...)

*Artículo 4°. 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.***

Expediente: 11001334204720200020400
Accionante: Dora Elvia Sabogal Herrera
Accionado: Nación-Ministerio de Educación-Fonpremag
Asunto: Sentencia.

*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 5°. 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.

Según lo expuesto, para el extremo demandante es dable concluir que la entidad accionada no ajustó su actuar a derecho desconociendo flagrantemente los términos ordenados por el legislador, invocándose como primera causal de nulidad violación directa al ordenamiento jurídico vigente, aplicación indebida a las normas jurídicas y falsa motivación de los actos administrativos.

En cuanto al sustento jurisprudencial aplicable al caso que nos ocupa, cita la accionante sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda de 16 de julio de 2015, radicado 150012333000-201300480-02 (1447-2015) C.P Sandra Lisset Ibarra Vélez, la cual indica que es la jurisdicción administrativa la llamada a conocer de las controversias en torno al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, entre otras.

En cuanto a la partida presupuestal insuficiente se citan las sentencias de tutela de la Corte Constitucional T-464/99 y T-206/97.

Se hace referencia a la sentencia de tutela SU 336 de 2017 en la cual la Corte Constitucional precisa que la ley 1071 de 2006, no excluye al personal docente al servicio del Estado, así:

(...)

Lo anterior, resulta ser una medida regresiva en el reconocimiento de los derechos prestacionales de los docentes oficiales, en la medida que está retrotrayendo no solo

la intención misma del legislador de aplicar a todos los funcionarios públicos y servidores estatales el derecho de que sus cesantías sean pagadas de manera oportuna, sino que contraría el derecho a la igualdad en las decisiones judiciales de los accionantes que se encuentran en la misma situación fáctica que otros docentes oficiales, a quienes sí se les reconoció la sanción moratoria, según se desprende de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado expuesta en la parte considerativa de esta providencia.

(...)

la Sala considera que aceptar un argumento como el señalado es dar prevalencia a una interpretación que no se acompasa con el concepto de las cesantías y su función social, en tanto acude a la taxatividad de la norma sin profundizar en la naturaleza, funciones y características de los docentes oficiales, sobre una postura que 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.

Del mismo modo, y de conformidad con lo explicado en acápites precedentes, tales decisiones: (i) desconocen el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, de los cuales son titulares todos los trabajadores sin distinción alguna; (ii) contrarían el propósito del legislador dirigido a garantizar los derechos a la seguridad social y al pago oportuno de las prestaciones sociales de los trabajadores, a través de la implementación de un mecanismo ágil para la cancelación de la sanción moratoria para los trabajadores tanto del sector público como del privado, sin distinción; (iii) desconocen que el reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes oficiales es la postura que mejor se adecúa a los postulados constitucionales, porque 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; (v) olvidan que en virtud del principio de favorabilidad en material laboral, se debe dar aplicación al criterio de la condición que resulte ser más beneficiosa para los docentes, en este caso, aplicarles el régimen general de los servidores públicos; y (vi) conducen a la vulneración del derecho a la igualdad en las decisiones judiciales, al proferir sentencias contrarias en casos que se sustentan en los mismos supuestos fácticos.

Finalmente, se hace mención a la jerarquía normativa dentro de nuestro ordenamiento jurídico y la excepción de ilegalidad como mecanismo efectivo de control normativo.

2.1.2 Demandada.

La doctora Ángela Viviana Molina Murillo en calidad de apoderada del Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria la Previsora S.A., presentó contestación en tiempo el día 11 de diciembre de 2020³, indicando dentro del acápite de fundamentos de derecho que la ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, en la que se establecen los términos a tener en cuenta para el reconocimiento y pago de la cesantía que corresponden a 15 días para

³ Ver anexo digital “07ContestaciónDemanda” ver hoja 3 a la 9 del PDF.

expedir el acto administrativo de reconocimiento, 5 o 10 días para su ejecutoria (dependiendo de la fecha de la petición y teniendo en cuenta la entrada en vigencia del C.P.A.C.A.) y 45 días para el pago efectivo de los dineros.

Se cita la Sentencia SU-336-17 que estableció que los anteriores términos y las consecuencias de su incumplimiento son aplicables igualmente para el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG concluyéndose 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 factico, (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.

En cuanto a la posición sentada por parte del Consejo de Estado con relación al cálculo de la sanción moratoria, se refiere sentencia de unificación SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, especialmente sobre la improcedencia de la indexación en dicha penalidad e igualmente se solicita no condenar en costas al no existir comprobación objetiva de su causación.

Teniendo en cuenta el salario base respecto a las de cesantías definitivas, dicho salario corresponde a la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; y en el caso de cesantías parciales, se deberá tener en cuenta la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

Frente al caso en concreto, la docente realizó la solicitud de cesantías el 11 de julio de 2016, de allí que los 70 días para el reconocimiento y pago de dicha prestación fenecieron el 20 de octubre de 2016 y de acuerdo con lo contemplado por el Consejo de estado la mora iniciaría contarse desde el 21 de octubre 2016 y hasta el día anterior al pago de la cesantía, es decir, la presunta fecha de pago correspondería al 26 de diciembre de 2017, por lo cual se hablaría hipotéticamente de 431 días de mora.

III. TRAMITE PROCESAL

La demanda se presentó ante la Oficina de Apoyo el día 20 de agosto de 2020 repartida a esta sede judicial; se admitió por auto calendado del 21 de septiembre de 2020⁴ de la misma anualidad y se notificó al Ministerio de Educación Nacional.

Mediante auto del 8 de junio de 2021⁵ se prescindió del término probatorio, se resolvió una excepción previa, se fijó el litigio y se corrió traslado para que las partes presentaran sus alegaciones finales, todo lo anterior con fundamento en el numeral 1º del artículo 182a de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021.

Finalmente, a través de auto de mejor proveer del 14 de diciembre de 2021, se solicitó a la Secretaría de Educación de Bogotá la petición 2016-CES-352312 del 11 de julio de 2016, que dio origen al acto administrativo de reconocimiento de una cesantía definitiva Resolución 7562 de 3 de octubre de 2017.

3.1. Alegatos de Conclusión:

3.1.1. Parte actora:

Vencido el término del traslado para alegar, el extremo demandante no presentó alegatos de conclusión.

⁴ Ver anexo digital “04AutoAdmite”.

⁵ Ver anexo digital “10AutoTrasladoAlegatos”

3.1.2. Demandada:

La Dra. Lina Paola Reyes Hernández en calidad de apoderada judicial del Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, presentó en tiempo alegatos de conclusión el día 17 de junio de 2021⁶ haciendo referencia al procedimiento establecido en las Leyes 91 de 1989, 962 de 2005, así como el Decreto 2831 de 2005, a favor de los educadores nacionales afiliados.

Es así, como la Secretaría de Educación reconoció las cesantías en atención al turno de radicación y disponibilidad presupuestal, respetando el derecho de igualdad de que gozan todos los Docentes afiliados al FOMAG-, acogándose al principio de legalidad contemplado en sentencias de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, y Corte constitucional en la Sentencia SU336 del 18 de mayo de 2017, requiriéndose demostrar la mala fe de la entidad según lo estipulado en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo al momento de exigir la sanción moratoria.

De igual forma, se hace mención respecto a los artículos 2,3,4 y 5 del Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005 que reglamentó el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 que regulan el trámite frente a las prestaciones sociales del magisterio a través de las Secretarías de Educación certificadas a cuya planta de docentes pertenezca o haya pertenecido el solicitante, en aplicación de la sentencia de la Corte Constitucional C-604 de 2012, no obstante en SU 00580 de 18 de julio de 2018 el Consejo de Estado señaló que dicha normatividad tiene una contradicción frente a los términos enmarcados en ley 1071 de 2006 debiéndose aplicar los términos establecidos en la ley y no en el decreto reglamentario.

Para el caso que nos ocupa, la demandante solicitó las cesantías el 11 de julio 2016, de allí que los 70 días para el reconocimiento y pago de dicha prestación fenecieron el 20 de octubre de 2016 y de acuerdo con lo contemplado por el Consejo de estado la mora iniciaría contarse desde el 21 de octubre de 2016 y hasta el día anterior al pago de la cesantía, es decir, la presunta fecha de pago correspondería al 26 de diciembre 2017.

⁶ Ver anexo digital “12AlegatosFiduprevisora” de la hoja 4 a la 19 del PDF.

Finalmente se concluye, que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no incurrió en la falta que endilga la accionante, toda vez, que el dinero fue desembolsado en favor del demandante dentro de un término menor al estipulado en las pretensiones de la demanda.

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 identificará el problema jurídico, analizará la normatividad aplicable al caso y finalmente resolverá el caso concreto, previo el análisis de las pruebas allegadas y practicadas en el plenario.

4.1. Problema Jurídico.

Mediante auto de 8 de junio de 2021⁷, se estableció la fijación del litigio en los siguientes términos:

(...)

*Ahora bien, para fijar el litigio según lo ordena el inciso segundo del artículo 182A de la Ley 1437 de 2011, el Despacho se remitirá a los hechos de la demanda, por tanto, **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 definitivas, 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 sanción por mora en el pago de las cesantías es una figura creada mediante la Ley 244 de 1995, cuyo objetivo es proteger el pago oportuno

⁷ Ver anexo digital “10AutoTrasladoAelgatos”.

del auxilio de cesantías. Así, mediante el establecimiento de una sanción para las entidades públicas por la demora en el pago de esta prestación, se buscaba que éstas expidieran la resolución de reconocimiento y pago en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores.

Con relación a la sanción moratoria **en el sector docente**, el Consejo de Estado a partir de la sentencia de unificación 580 de julio de 2018, dando aplicación a las sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional C-741 de 2012 y SU-336 de 2017, consideró procedente unificar jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías al tratarse de una categoría especial de empleados oficiales de régimen especial según lo considerado en el Estatuto Docente, 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.

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 2006⁸ que señaló:

1. Como destinatarios de la misma a todos los empleados públicos y trabajadores del Estado -en el se incluyen 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 1º, 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

⁸ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley [244](#) de 1995, se regula el pago de las cesantías”.

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 Estado⁹: 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.

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 1 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.

⁹ 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.

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 lo 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.

4.3 Prescripción.

Con relación a la prescripción de la sanción moratoria, el Consejo de Estado desde Sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016¹⁰ 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

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Consejero ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (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.

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 la 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 151¹¹ 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.

Igualmente, en sentencia de unificación SUJ-012-CE-S2 de 2018¹², 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

¹¹ 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.

¹² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018), Rad. No.: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15).

ajuste a valor de la condena eventual contenido en el artículo 187 C.P.A.C.A.

Finalmente, en sentencia de unificación CE-SUJ-SII-022-2020 de 6 de agosto de 2020, se analiza el como 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.**

4.4 Cesantías retroactivas.

Con relación a la prescripción de las cesantías retroactivas, en sentencia de tutela del 25 de octubre de 2018¹³ contra fallo judicial, el Consejo de Estado analizó el caso de una empleada pública del Hospital San José de Maicao, con posterioridad a su retiro definitivo de la entidad solicitó la reliquidación de sus cesantías definitivas bajo el régimen de retroactividad, frente a lo anterior el alto tribunal resolvió lo siguiente:

(...)

*El derecho a las cesantías fue creado por el legislador del 46, como un beneficio sujeto al despido o desvinculación laboral del trabajador y **aunque su causación en principio se condicionó a periodos de 3 años, los parámetros para su***

¹³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA
Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02014-01(AC).

reconocimiento siempre estuvieron directamente relacionados con el retiro del servicio.

(...)

Y aunque procedían los pagos parciales, la liquidación que se realizaba para ese efecto no era definitiva, pues solo adquiriría este carácter cuando terminaba la relación laboral, es decir, cuando el empleado quedaba cesante, momento en el cual se efectuaba la liquidación definitiva y el pago de la totalidad de la prestación.

Al respecto, valga precisar que las cesantías constituyen un “ahorro” del trabajador, a ser reclamado al terminar su relación laboral, con el objeto de cubrir la contingencia de quedar cesante. Al tener esa naturaleza de ahorro, producto de un emolumento -prestación- causado a su favor durante ese vínculo, no se puede predicar la prescripción respecto de las sumas que la componen, así ocurría respecto de las cesantías bajo la modalidad de liquidación con retroactividad y así ha de predicarse respecto de las mismas, bajo el régimen de liquidación anualizado.

(...)

Bajo el régimen retroactivo, la liquidación se realizaba en forma definitiva solo hasta la terminación del vínculo laboral, por ende, durante esa relación, no había lugar a declarar la extinción del derecho y era liquidado y pagado en forma definitiva al momento de finiquitar la relación laboral

Bajo la posición desarrollada, la entidad pública en el caso de cesantías de carácter retroactivo tiene la obligación de liquidarlas **a partir de la desvinculación definitiva del empleado con la entidad**, es ahí cuando surge la obligación de reconocimiento y pago de cesantías en cabeza del empleador, por tanto, **al día siguiente del retiro del servicio se deberá contabilizar el término de los 70 días para reconocimiento de cesantías, a efectos de determinar si se configuró el derecho a reclamar la sanción moratoria por pago tardío en las cesantías, en cabeza de la entidad.**

4.3. CASO CONCRETO

Pruebas relevantes que se encuentran en el presente proceso y que respaldan lo pretendido¹⁴:

- Antecedentes administrativos de la solicitud 2016-CES-352312 del 11 de julio de 2016, hoja de revisión cesantía definitiva trámite normal¹⁵.
- Petición elevada por la accionante bajo el radicado E-2019-146070 de 10 de septiembre de 2019, a través de la cual solicita el

¹⁴ Ver anexo digital “02Anexos” hoja 5 a la 26 del PDF.

¹⁵ Ver anexo digital “24ExpedienteAdministrativo”

reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el reconocimiento tardío de las cesantías a través de la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá.

- Resolución 7562 de 3 de octubre de 2017 mediante la cual se hace el reconocimiento de una cesantía definitiva por retiro del servicio por invalidez de conformidad a la solicitud elevada el 11 de julio de 2016 bajo el radicado 2016-CES-352312, por un valor neto de \$ 113.227.667 m/cte a favor de la accionante.
- Certificación Fiduprevisora S.A, a través de la cual se hace constar la disponibilidad de pago de la suma anterior a favor de la demandante desde el día 26 de diciembre de 2017.
- Acta de conciliación extrajudicial del 25 de marzo de 2020 a través de la cual la Procuraduría 134 Judicial II Para Asuntos Administrativos declara fallida por falta de ánimo conciliatorio la solicitud presentada por la parte actora el 22 de enero de 2020 bajo el radicado E-2020-034878.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, se observa que la accionante Dora Elvia Sabogal Herrera fue docente vinculada a la Secretaría Distrital, con nombramiento en propiedad desde el 20 de febrero de 1970, es decir, cobijada bajo el régimen retroactivo de cesantías teniendo en cuenta su vinculación al servicio educativo con anterioridad al 1º de enero de 1990¹⁶.

Con posterioridad, la accionante fue desvinculada del servicio por invalidez a partir del 15 de marzo de 2016, solicitando el reconocimiento y pago de la cesantía definitiva ante la entidad accionada el 11 de julio de 2016 bajo el radicado 2016-CES-352312.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Secretaría de Educación Distrital, mediante Resolución 7562 del 3 de octubre de 2017, ordenó el reconocimiento y pago de una cesantía definitiva a la docente por valor de

¹⁶ Artículo 15 ley 91 de 1989 “(...) A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

2.- Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley (...)” (Negrilla y subrayado fuera del texto)

Expediente: 11001334204720200020400
Accionante: Dora Elvia Sabogal Herrera
Accionado: Nación-Ministerio de Educación-Fonpremag
Asunto: Sentencia.

\$ 113.227.667, suma puesta a disposición de la interesada por la Fiduprevisora en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día 26 de diciembre de 2017.

De otra parte, la señora Sabogal Herrera, mediante petición del 10 de septiembre de 2019, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías, sin respuesta alguna por parte de la entidad demandada configurándose silencio administrativo negativo.

Finalmente, se presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación el día 22 de enero de 2020, bajo el consecutivo E-2020-034878, declarándose fallida por falta de ánimo conciliatorio el día 25 de marzo de 2020, por parte de la Procuraduría 134 Judicial II para Asuntos Administrativos, radicándose medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante asignada a esta agencia judicial por reparto el día 20 de agosto de 2020.

Así las cosas, **habiendo sido la accionante retirada del servicio de forma definitiva por invalidez el día 15 de marzo de 2016**, a partir de dicho momento surgía para el Estado el deber de pagar las cesantías, para lo cual contaba la administración con el plazo de 15 días para expedir el acto administrativo para el reconocimiento de cesantías definitivas, el cual se vencía el **8 de abril de 2016**, según el artículo 4° de la ley 1071 de 2006.

Por vía jurisprudencial además contaba la administración con diez (10) días de ejecutoria del acto, cumplidos el **22 de abril de 2016** y en aplicación del artículo 5° de la norma ibídem, 45 días para hacer efectivo el pago de la suma liquidada de \$113.227.667 que debió haber sido efectuado el **29 de junio de 2016**, fecha a partir surge la exigibilidad de pagar las cesantías.

En consecuencia, y según la línea jurisprudencial expuesta en la parte motiva se establece que la posibilidad de reclamar la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías definitivas por retiro de la entidad, debe tener en cuenta el periodo de plazo de pago dado a la Administración por voluntad legal.

La entidad demandada no se pronunció a este respecto, razón por la que teniendo en cuenta la facultad otorgada por el numeral 6 del artículo 180

del CPACA¹⁷ y en busca el interés general que subyace en la protección del patrimonio público que resulta salvaguardado, en los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, este juzgado de manera oficiosa, analizará la configuración de la excepción de prescripción en el presente asunto.

Si la sanción por mora en esta controversia se hace exigible a partir del día **30 de junio de 2016** (que corresponde al día 71, contado a partir de la fecha de retiro definitivo del servicio de la beneficiaria del pago de las cesantías); la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria elevada el día **19 de septiembre de 2019**, **NO TUVO LA VOCACION DE INTERRUMPIR EN TIEMPO EL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN**, configurándose este fenómeno jurídico, pues la señora Sabogal Herrera tenía a partir del 30 de junio de 2016, **tres años para reclamar la sanción por mora** en el pago tardío de la cesantías por prescripción trienal, **vencidos el día el día 30 de junio de 2019** **y por tanto se deben negar las pretensiones aclarando que el hecho de que se presente en forma tardía la solicitud de pago de las cesantías, no permite extender el tiempo para reclamar la sanción moratoria que se inicia a partir del momento de la exigibilidad de la obligación que es autónoma e independiente de la sanción por no pagar oportunamente tal prestación.**

4.4 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, el material probatorio que obra en el expediente, las alegaciones de las partes, 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 NO deben ser acogidas las súplicas de este medio de control.

¹⁷ 6. Decisión de excepciones previas pendientes de resolver. <Numeral modificado por el artículo 40 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> El juez o magistrado ponente practicará las pruebas decretadas en el auto de citación a audiencia y decidirá las excepciones previas pendientes de resolver.

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 configurada la excepción de prescripción extintiva, conforme se explicó.

SEGUNDO: NEGAR LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA instaurada por la señora **DORA ELVIA SABOGAL HERRERA** identificada con **cédula de ciudadanía No. 41.465.961**, contra la **NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, según lo manifestado en la parte motiva.

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

CUARTO: RECONOCER personería a la doctora **LINA PAOLA REYES HERNÁNDEZ** identificada con la C.C. No. 1.118.528.863 expedida en Yopal y portadora de la T.P. No. 278.713 del C.S.J., para actuar como apoderada de la **NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, en los términos y para los efectos de la sustitución de poder obrante en el expediente digital¹⁸ debidamente otorgado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 74 del C.G.P.

QUINTO: NOTIFICAR la providencia con el uso de las tecnologías de la información, a las cuentas de correo que aparecen registradas en el expediente así:

Parte demandante	miguel.abcolpen@gmail.com , dorasabogal8@yahoo.es
Parte demandada	notjudicial@fiduprevisora.com.co ; t_amolina@fiduprevisora.com.co ; t_lreyes@fiduprevisora.com.co ; procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co ; notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
Ministerio Público	zmladino@procuraduria.gov.co
Defensa Jurídica del Estado	procesosnacionales@defensajuridica.gov.co

¹⁸ Ver anexo digital “12AlegatosFiduprevisora” hoja de la 10 a la 19 del PDF.

Expediente: 11001334204720200020400
Accionante: Dora Elvia Sabogal Herrera
Accionado: Nación-Ministerio de Educación-Fonpremag
Asunto: Sentencia.

SEXTO: Sin costas en la instancia.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta sentencia, ARCHIVAR el expediente dejando las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez

Firmado Por:

Carlos Enrique Palacios Alvarez
Juez Circuito
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:

620d67208caab9029e5561c6aa4fd45a73fead1c94d44ec87d6aa929b25ead
1f

Documento generado en 03/06/2022 12:54:09 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente

URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>