

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

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

Demandante : **MARGARITA OTÁLORA GONZÁLEZ**
C.C. No. 39.622.404

Demandado : **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FICUCIARIA LA PREVISORA S.A. Y MUNICIPIO DE SOACHA**

Radicación : **No. 11001-33-42-047-2021-00320-00**

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

SENTENCIA

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA:

1.1.1 ASUNTO A DECIDIR Y COMPETENCIA

Con fundamento en los artículos 187 y 189 del CPACA, procede el Despacho a decidir en primera instancia, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho regulada por el artículo 138 *ibidem*, promovido por la señora **MARGARITA OTÁLORA GONZÁLEZ**, actuando a través de apoderado especial, contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FICUCIARIA LA PREVISORA S.A. Y MUNICIPIO DE SOACHA**.

La parte demandante solicita las siguientes:

1.1.2 PRETENSIONES

1. Se declare la nulidad del acto presunto, configurado por el silencio administrativo del Ministerio de Educación Nacional – FONPREMAG, sobre la

petición radicada el 10 de febrero de 2021, con la que solicitó el pago de la sanción mora prevista en el artículo 5 de la ley 1071 de 2006.

2. Se declare la nulidad del acto presunto, configurado por el silencio administrativo del Municipio de Soacha, sobre la petición radicada el 10 de febrero de 2021, con la que solicitó el pago de la sanción mora prevista en el artículo 5 de la ley 1071 de 2006.
3. Se declare la nulidad del oficio No. 20211090781111 del 12 de abril de 2021, por el cual La Fiduprevisora S.A., negó el pago de la sanción mora prevista en el artículo 5 de la ley 1071 de 2006.
4. Se condene a las accionadas a reconocer y pagar al demandante, la sanción mora establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por no haber pagado a tiempo el valor reconocido por cesantías, mediante la Resolución No. 2672 del 04 de diciembre de 2019, mora que ocurrió desde el 06 de marzo de 2020 hasta el 15 de diciembre de 2020, fecha en la que se realizó el pago.
5. Condenar a las accionadas a pagar los valores adeudados de forma indexada.
6. Condenar a las accionadas al pago de los intereses de mora, en los términos del artículo 192 del CPACA.
7. Condenar a las accionadas en costas.

1.1.3. HECHOS

1. La demandante manifiesta que el día 27 de noviembre de 2019 le solicitó a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación de Soacha, el reconocimiento y pago de las cesantías a que tenía derecho.
2. Por medio de la Resolución No. 2672 del 04 de diciembre de 2019, le fue reconocida dicha prestación y le fue cancelada el día 15 de diciembre de 2020.
3. Por lo anterior, el 10 de febrero de 2021 solicitó al extremo pasivo el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.
4. El Ministerio de Educación y la Secretaría de Educación de Soacha guardaron silencio y desde la fecha de radicación de la petición ya han transcurrido más de tres meses, configurándose así actos administrativos fictos o presuntos el 10 de mayo de 2021.
5. Por su parte, la Fiduprevisora S.A. a través de Oficio No. 20211090781111 del 12 de abril de 2021, dio respuesta desfavorable a la anterior petición.

1.1.4. Fundamentos de derecho.

Fueron señaladas como transgredidas, las siguientes disposiciones: Artículos 25 y 53 de la Constitución Política; 5 y 15 de la ley 91 de 1989; 1 y 2 de la ley 244 de 1995; y 4 y 5 de la ley 1071 de 2006.

2. 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:

De acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la entidad encargada del pago de las cesantías a que tienen derecho los docentes oficiales, lo anterior, en virtud de su vinculación con ese fondo y a la dependencia del mismo al Ministerio de Educación Nacional.

Para el pago de las cesantías confluyen la entidad territorial que expide el proyecto de acto administrativo de reconocimiento y la Fiduciaria la Previsora S.A., como administradora de los recursos del FONPREMAG que, aprueba el proyecto de resolución y realiza el pago de acuerdo con las autorizaciones del Ministerio de Educación Nacional.

Sobre los términos definidos para el reconocimiento y pago de las cesantías, cita la ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 del 31 de julio de 2006 y la sentencia de unificación del Consejo de Estado CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de junio de 2018, en los que se determina que el límite de pago de la prestación es de 70 días; por lo que, a partir del día siguiente, en caso de impago, procede la sanción por mora prevista en el artículo 5 de la ley 1071 de 2006.

De acuerdo con lo anterior, la parte activa considera que las accionadas vulneraron lo dispuesto en la ley 1071 de 2006, por cuanto el acto administrativo de reconocimiento de cesantías fue expedido por fuera del término legal, en consecuencia, el pago también se realizó de forma tardía.

Finalmente, recuerda que con la entrada en vigencia de la ley 1955 de 2019, la responsabilidad en el pago de la sanción mora corre a cargo de la Secretaría de Educación territorial, cuando el pago extemporáneo sea imputable a esta con ocasión de la mora en la expedición del acto administrativo de reconocimiento, sin perjuicio, que la misma norma dispone que todas las sanciones por mora causadas hasta el 31 de diciembre de 2019 serán a cargo del Ministerio de Educación Nacional, FONPREMAG.

2.2 Demandada:

2.2.1. Nación-Ministerio de Educación Nacional-FOMAG.

Presentó contestación en término¹, haciendo énfasis en la naturaleza del Fondo de Prestaciones sociales del Magisterio y la finalidad del contrato de fiducia mercantil según lo establecido en el artículo 3 y 4 de la ley 91 de 1989, actuando a través de su administrador, FIDUPREVISORA S.A en virtud del contrato de fiducia mercantil.

Como excepciones de mérito, se hace alusión a la ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva sobre el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio e improcedencia del pago de la sanción moratoria en cabeza del FOMAG y la FIDUPREVISORA S.A, y culpa exclusiva de un tercero, con fundamento en el contenido normativo en el artículo 57 de ley 1955 de 25 de mayo de 2019 pues la entidad accionada considera que la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago

¹ Cfr. Documento digital 11

extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Frente al caso que nos ocupa, revisada la situación fáctica, se requiere la participación de la entidad territorial quién profiere el acto administrativo cuestionado, con el fin de establecer si esta tuvo incidencia en el retardo para el pago de la prestación solicitada por la parte demandante, y en consecuencia, sea condenado el ente territorial por incumplir el término indicado en la ley al no expedir y notificar el acto administrativo.

Además, se precisa que la FIDUPREVISORA S.A en calidad de administradora de los recursos del FOMAG, es la encargada de la administración y cumplimiento de las obligaciones de orden legal anotadas en el contrato de fiducia, haciendo alusión al procedimiento descrito en el Decreto 1272 de 2018 "*Por el cual se modifica el Decreto 1075 de 2015 -Único Reglamentario del Sector Educación, que reglamenta el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones*", considerando que no es la FIDUPREVISORA S.A con cargo a los recursos del FOMAG la llamada a soportar la carga o el castigo de una mora que esta no generó.

Finalmente se solicita ante una eventual condena el pago con cargo a los Títulos de Tesorería que emita el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como se anota en el párrafo transitorio del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, sin que la sanción por mora sea objeto de indexación

2.2.2. Municipio de Soacha

La entidad accionada presentó contestación de demanda en tiempo², indicando que conforme a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, esa entidad territorial cumplió con sus funciones y términos, dado que, para el caso en concreto, la demandante radicó la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial el 27 de noviembre de 2019, en la página web de la Fiduprevisora S.A.; en virtud de ello, la Secretaria de Educación remitió la certificación administrativa para estudio de la fiduciaria y una vez aprobada, procedió a expedir la Resolución N° 2672 del 4 de diciembre de 2019 "*Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una CESANTIA PARCIAL para REPARACION Y AMPLIACION DE VIVIENDA, a MARGARITA OTALORA GONZALEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No 39.622.404*", la cual se notificó de forma personal a la demandante el 16 de enero del año 2020.

En este orden de ideas, afirma que el Municipio de Soacha – Secretaria de Educación cumplió con el deber de elaborar el acto administrativo Resolución No.2672 de fecha 04 de diciembre de 2019, firmado por el Secretario de Educación del Municipio de Soacha, dentro del término de los 15 días hábiles concedido a la entidad territorial para el reconocimiento de la prestación y una vez en firme, la FIDUPREVISORA cuenta con 45 días hábiles para el pago, como en efecto se realizó.

2.2.3. Fiduciaria La Previsora S.A.

² Cfr. Documento digital 12

La entidad accionada presentó contestación de demanda en tiempo³, haciendo alusión a su rol como administradora de los recursos del FONPREMAG, y como, en atención a esa tarea, realiza el pago de las cesantías de los docentes oficiales.

En ese sentido, para el caso específico de la demandante, informó que pagó las cesantías reconocidas a la demandante dentro de los tiempos previstos por el legislador, para efectos de lo anterior, lo especifica en el siguiente cuadro:

LEY 1955 DE 2019 - CON ACLARATORIA											
RADICADO ONBASE			2019-CES-822719 -2019-11-27								
RESOLUCIÓN QUE CAUSÓ LA SXM			2672 - 2019-12-04								
CEDULA			39622404								
NOMBRE DEL DOCENTE			MARGARITA OTALORA GONZALEZ								
FECHA DE SOLICITUD DEL DOCENTE ANTE LA ENTIDAD TERRITORIAL (SED)	FECHA EN LA CUAL LA SED RADICO Y ENVIO LA SOLICITUD A LA FIDUCIARIA	TIEMPO DESDE QUE EL DOCENTE REALIZO LA SOLICITUD Y LA SED LO RADICA ANTE LA FIDUPREVISORA (DÍAS HÁBILES)	FECHA DE ESTUDIO EN EL GRUPO DE SUSTANCIACIÓN Y ENVIO AL ÁREA DE NOVEDAD DE NÓMINA	TIEMPO ENTRE LA RADICACIÓN DE LA SED Y EL ESTUDIO POR SUSTANCIACIÓN - FOMAG (DÍAS HÁBILES)	FECHA DE ENVIO A LA SED SOLICITANDO EL ACTO ADMINISTRATIVO ACLARATORIO POR EL ÁREA DE NOVEDADES DE NÓMINA	TIEMPO ENTRE ESTUDIO Y SOLICITUD DE AA ACLARATORIO POR EL ÁREA DE NOVEDADES DE NÓMINA (DÍAS HÁBILES)	FECHA EN LA QUE LA SED ALLEGA ACTO ADMINISTRATIVO ACLARATORIO PARA PAGO	TIEMPO ENTRE SOLICITUD DE AA ACLARATORIO Y ENVIO PARA PAGO POR LA SED (DÍAS HÁBILES)	FECHA DE PAGO EN LA CUAL ESTA DISPONIBLE EL DINERO PARA COBRO POR PARTE DEL DOCENTE EN EL BANCO	TIEMPO UTILIZADOS POR LA FIDUCIARIA PARA EL PAGO (DÍAS HÁBILES)	DIAS HÁBILES TOTALES UTILIZADOS POR LA FIDUCIARIA PARA ESTUDIO, APROBACION Y PAGO DESDE LA FECHA DE RADICACION
1	2	3 = 2-1	4	5 = 4-2	6	7 = 6-4	8	9 = 8-6	10	11 = 10-8	12 = 5+7+11
27/11/2019	4/02/2020	47	19/02/2020	12	20/02/2020	1	18/03/2020	20	27/04/2020	26	39

Finalmente, informa que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio programó el pago de la cesantía parcial reconocida por la Secretaria de Educación de SOACHA, a la demandante mediante Resolución No. 2672 de fecha 04 de diciembre de 2019, quedando a disposición a partir del 27 de abril de 2020 el cual no fue cobrado y se reprogramó nuevamente para el mes de diciembre, por lo que no puede endilgársele responsabilidad alguna a las accionadas por la omisión respecto de la demandante al no haber retirado las cesantías en el momento en que las mismas fueron puestas a disposición.

2.3. Alegatos de Conclusión:

2.3.1. Parte actora: Con memorial remitido mediante mensaje de datos el 24 de mayo de 2023⁴, la parte demandante presentó alegatos de conclusión en tiempo, reiterando los argumentos planteados en la demanda, por lo que solicita se ordene a la accionada a pagar la sanción mora solicitada.

2.3.2. Fiduprevisora S.A.: Con memorial remitido mediante mensaje de datos el 20 de junio de 2023⁵, la entidad accionada presentó alegatos de conclusión en tiempo⁶, reiterando los argumentos planteados en la contestación de la demanda.

2.4. Concepto del Ministerio Público:

La Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

3. TRAMITE PROCESAL

La demanda se presentó el 04 de noviembre de 2021, se admitió con auto calendarado 14 de diciembre de 2021, ordenando la notificación de las entidades demandadas,

³ Cfr. Documento digital 13

⁴ Cfr. Documento digital 33

⁵ Cfr. Documento digital 34

⁶ Cfr. Documento digital 11

las cuales se surtieron en debida forma; las accionadas contestaron la demanda en tiempo.

Mediante auto del 09 de mayo de 2023, se decidió sobre las excepciones; prescindió del término probatorio; fijó el litigio, se tuvieron como pruebas los documentos aportados y se corrió traslado para que las partes presentaran sus alegaciones finales.

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

4. CONSIDERACIONES

4.1. Problema jurídico:

Conforme con lo señalado en providencia del 09 de mayo de 2023⁷, el problema jurídico consiste en establecer si la demandante, en su condición de docente, tiene derecho o no a que la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Secretaría de Educación de Soacha y la Fiduciaria La Previsora S.A. les reconozca y pague la sanción establecida en el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006 por la mora en el pago de sus cesantías.

4.2. Régimen de cesantías y sanción mora

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 él se incluyen a los docentes, pues, el numeral 3 del art 15 de la Ley 91 de 1989, 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 pagode 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

⁷ Cfr. Documento digital 31

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

cesantías de un (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.

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, 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, 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 la 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 336/17, en la cual se establece

^{10 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.

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. En cuanto a la prescripción.

El Despacho advierte un cambio de posición en relación a la interpretación jurídica dentro de 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 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.

Frente a lo anterior, 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 cuando han transcurrido más de tres (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 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

¹⁰ 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.

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, 18 de julio de 2018, Rad. No.: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15).

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 esa 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 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.

4.4 Aplicación de la ley 1955 del 25 de mayo de 2019.

Teniendo en cuenta lo expuesto en las excepciones previas planteadas en la contestación de la demanda y alegatos de conclusión presentados con relación al retardo en la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales por parte de la Secretaría de Educación como ente territorial según lo dispuesto en el artículo 57 de la ley 1955 de 2019, el Despacho debe precisar, que actualmente subsisten dos procedimientos para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, uno es el fijado en el art. 56 de la Ley 962 de 2005¹³ y los arts. 3, 4 y 5 del Decreto 2831 del mismo año; y el otro es el contenido en el art. 57 de la Ley 1955 de 2019 que entro en vigencia el 25 de mayo de 2019 que derogó el art. 56 de la Ley 962.

¹³ “...Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos...”

En virtud de lo anterior, las solicitudes de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías a docentes oficiales que se hayan presentado con anterioridad al 25 de mayo de 2019 **se regirán bajo el procedimiento de la Ley 962 y normas reglamentarias; mientras que las radicadas después de esa fecha les serán aplicables las disposiciones de la Ley 1955**

Bajo el procedimiento de la ley 962 de 2005, a las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas les correspondía: i) elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de la prestación solicitada por el docente oficial, ii) luego remitirla a la Fiduprevisora encargada del manejo y administración de los recursos del FOMAG para su aprobación, iii) suscribir y notificar el acto administrativo de reconocimiento de la prestación social, previa aprobación de la Fiduprevisora, iv) remitir nuevamente copia del acto administrativo a la Fiduciaria, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

Ahora bien, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, a través de la Fiduprevisora (vocera y administradora del Fondo), tenía dentro de sus competencias: i) verificar el borrador del acto administrativo que previamente le remitía la secretaría de educación territorial, y decidir si se aprobaba o no, ii) remitir dicha información a la entidad territorial y iii) pagar la prestación, previa recepción y revisión del acto administrativo debidamente ejecutoriado remitido por la Secretaría de Educación.

Las obligaciones anteriores, en armonía con lo establecido en el art. 2 numeral 5 de la Ley 91 de 1989¹⁴ la cual estableció en cabeza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente nacional y nacionalizado causadas con posterioridad a la promulgación de esa ley, y el artículo 9° **dispone que es la a Nación a través del Ministerio de Educación Nacional la que reconoce las prestaciones sociales que posteriormente el FOMAG paga.**

Es por esta razón, que el Consejo de Estado considera que a pesar de que el acto administrativo que resuelve el reconocimiento de cesantías, es elaborado y suscrito por la Secretaría de Educación, es esta última quién actúa en nombre y representación de la Nación¹⁵.

Por su parte, la ley 1955 de 2019 imprime un cambio en el trámite anteriormente señalado, pues el artículo 57 simplifica el reconocimiento y liquidación de cesantías definitivas y parciales de los docentes afiliados al FOMAG, pues ahora será la Secretaría Territorial quien las reconoce y liquida dichas cesantías, quedando en cabeza del FOMAG el pago correspondiente.

Con relación a lo expuesto, la Corte Constitucional en sentencia SU-041 de 2020 consideró que:

(...)

Este trámite fue modificado por la Ley 1955 de 2019, eliminando la doble revisión del proyecto de acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías y de la resolución en firme

¹⁴ ...Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio...

¹⁵ Ver por ejemplo auto del 12 de noviembre de 2020 de la Subsección A de la Sección 2da del Consejo de Estado, radicado No. 68001-23-33-000-2017-01103-01(1837-20) M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas.

por parte de la FIDUPREVISORA S.A., paso que generaba una carga administrativa adicional y afectaba la eficiencia operativa de la fiduciaria. Así, con la entrada en vigor de dicha Ley, el reconocimiento del auxilio de cesantías es responsabilidad de la Secretaría de Educación territorial certificada, mientras el pago es competencia del FOMAG.

Como se observa, frente la mora causada por concepto de reconocimiento y pago de cesantías con posterioridad a diciembre de 2019, se deberá evaluar si la entidad territorial sería responsable del pago de la sanción por mora en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

4.5. Caso concreto

La señora Margarita Otálora González, pretende se declare la nulidad de los actos fictos configurados el día 10 de mayo de 2021, frente a las peticiones presentadas el 10 de febrero de 2021, a través de las cuales solicitó a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y AL MUNICIPIO DE SOACHA, el reconocimiento y pago de la sanción por la mora en el pago de sus cesantías, en los términos dispuestos en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Asimismo, solicita la nulidad del oficio No. 20211090781111 del 12 de abril de 2021, por el cual La Fiduprevisora S.A., negó el pago de la sanción mora prevista en el artículo 5 de la ley 1071 de 2006.

A título de restablecimiento del derecho, pretende se condene a las accionadas a reconocerle y pagarle, la sanción mora establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por la mora en el pago de sus cesantías.

Para establecer si procede el reconocimiento de las pretensiones solicitadas se analizará el material probatorio aportado al proceso:

1. Con petición del 26 de noviembre de 2019¹⁶, la señora Margarita Otálora González, solicitó el pago de cesantías parciales para la reparación y ampliación de vivienda.
2. Mediante Resolución No. 2672 del 04 de diciembre de 2019¹⁷, la Secretaría de Educación y Cultura de Soacha, reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a nombre de la señora Margarita Otálora González, por valor de \$13.118.436 para la reparación y ampliación de vivienda.
3. El anterior acto administrativo fue notificado personalmente a la interesada el 16 de enero de 2020¹⁸.
4. Con Resolución No. 0610 del 11 de marzo de 2020¹⁹, la Secretaría de Educación y Cultura de Soacha, aclaró la Resolución No. 2672 del 04 de diciembre de 2019, en el sentido de disponer que el valor a reconocer es de \$13.117.836.
5. El anterior acto administrativo fue notificado personalmente a la interesada el 13 de marzo de 2020²⁰.

¹⁶ Cfr. Documento digital 10, folio 3

¹⁷ Cfr. Documento digital 01, folios 13-14

¹⁸ Cfr. Documento digital 01, folio 15

¹⁹ Cfr. Documento digital 10, folios 36-37

²⁰ Cfr. Documento digital 10, folio 38

6. Con oficio del 09 de febrero de 2021²¹, la Fiduciaria La Previsora S.A., le informó a la señora Margarita Otálora González que el pago de las cesantías parciales reconocidas mediante la Resolución No. 2672 del 04 de diciembre de 2019 quedó a disposición de la beneficiaria a partir del 30 de marzo de 2020, y cómo no fue cobrado, se reprogramó nuevamente para el 15 de diciembre de 2020.
7. De acuerdo con comprobante de BBVA se verifica que la demandante retiró el dinero consignado por cesantías el día 03 de enero de 2021, en el Banco BBVA²².
8. Con petición del 10 de febrero de 2021²³, la demandante solicitó ante el Ministerio de Educación, la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación de Soacha, el pago de la sanción por la mora en el pago de sus cesantías parciales.
9. Mediante oficio No. 20211090781111 del 12 de abril de 2021²⁴, la Fiduciaria La Previsora S.A., resolvió la petición presentada por la demandante negando el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías parciales.
10. Se allegaron certificados de factores salariales para los años 2019 y 2020²⁵

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, se tiene que, con petición del 26 de noviembre de 2019²⁶, la señora Margarita Otálora González, solicitó el pago de cesantías parciales para la reparación y ampliación de vivienda.

En virtud de lo anterior, mediante la Resolución No. 2672 del 04 de diciembre de 2019²⁷, la Secretaría de Educación y Cultura de Soacha, reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a nombre de la señora Margarita Otálora González, por valor de \$13.118.436, valor que fue puesto a disposición para pago desde el 30 de marzo de 2020, y reprogramado para el 15 de diciembre de 2020, por falta de cobro por parte de la demandante.

Según la normatividad que regenta el reconocimiento y pago de cesantías, se tiene que, una vez realizada la solicitud por parte del interesado, la entidad nominadora cuenta con 15 días, para expedir el acto administrativo correspondiente. Teniendo en cuenta que esa decisión es objeto de recursos, la misma queda ejecutoriada pasados los 10 días dispuestos en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011.

Cumplido ese término, la entidad pagadora deberá dejar a disposición del beneficiario el dinero correspondiente a sus cesantías dentro de los siguientes 45 días, so pena de hacerse acreedor a la sanción por mora por el pago tardío de la prestación, que equivale a un día de salario por cada día de mora.

En virtud de lo anterior, se entrará a determinar si la autoridad accionada incurrió en mora en el pago de las cesantías:

Petición	15 días proferir el A.A	10 días de ejecutoria (art.76 CPACA)	Pago oportuno (45 días)	Pago efectuado	Días mora
26/11/2019	17/12/2019	02/01/2020	06/03/2020	30/3/2020	25

²¹ Cfr. Documento digital 01, folio 16

²² Cfr. Documento digital 01, folio 17

²³ Cfr. Documento digital 01, folio 18

²⁴ Cfr. Documento digital 01, folios 31-33

²⁵ Cfr. Documento digital 24

²⁶ Cfr. Documento digital 10, folio 3

²⁷ Cfr. Documento digital 01, folios 13-14

Realizada la anterior verificación, este Despacho evidencia que a la parte demandante le asiste derecho al pago de la sanción por mora prevista en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, correspondiente al pago de un día de salario por cada día de retraso, a partir del día siguiente al plazo otorgado por la ley para el pago.

Como el pago debía realizarse el 06 de marzo de 2020, la moratoria equivale a (25) días, como quiera que, si bien las cesantías fueron pagadas hasta el 03 de enero de 2021, las mismas fueron puestas a disposición de la demandante desde el 30 de marzo de 2020 y posteriormente desde el 15 de diciembre del mismo año y como la demandante no las cobró, las mismas fueron devueltas a la administración; como dicha situación no puede ser atribuida en contra de la entidad no hay lugar a tener en cuenta el periodo de reprogramación como parte de la sanción, dado que fue la parte activa quien al tener la obligación de realizar el cobro, no lo hizo y su inacción no puede perjudicar a la entidad que administra los recursos.

De acuerdo con la normatividad que regenta la materia, el pago de esta sanción estará a cargo de la entidad territorial teniendo en cuenta que el plazo para notificar el acto administrativo de reconocimiento de cesantías vencía el 02 de enero de 2020 y la notificación fue realizada el 16 de enero de 2020; adicional a ello, se encontró que, con la Resolución No. 0610 del 11 de marzo de 2020²⁸, la Secretaría de Educación y Cultura de Soacha, aclaró la Resolución No. 2672 del 04 de diciembre de 2019, en el sentido de disponer que el valor a reconocer es de \$13.117.836, acto administrativo que fue notificado el 13 de marzo de 2020.

La actuación de la entidad territorial demuestra la mora en la que incurrió, en la expedición y notificación de los actos administrativos llevando a la entidad pagadora a superar el plazo de pago otorgado por la ley.

En esas condiciones, como quiera que dentro del proceso se demostró que el Municipio de Soacha, Secretaría de Educación y Cultura, no resolvió la petición presentada por la demandante el 10 de febrero de 2021, en el caso de autos se declarará la existencia y nulidad del acto presunto negativo, el cual quedó configurado el 10 de mayo de 2021, de conformidad con lo establecido en el artículo 83 del C.P.A.C.A., y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el pago de la sanción por la mora en el pago de las cesantías, equivalente a (25) días, los cuales se calcularán con el salario del año 2020, sin indexación, lo anterior, atendiendo a la sentencia de unificación del Consejo de Estado CE-SUJ2-012- 18 de 18 de julio de 2018²⁸, en la que se indicó que, como la sanción moratoria de cesantías no es un derecho laboral, sino una penalidad dirigida a sancionar el incumplimiento de los plazos previstos en la Ley para el reconocimiento y pago de las cesantías el reconocimiento de esta prerrogativa 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.

Finalmente, no se declarará como probada la excepción de prescripción, como quiera que, de acuerdo con la posición normativa y jurisprudencial sobre la materia, la prescripción se declarará si han pasado tres (3) años desde el momento en que se hizo exigible el pago de la sanción mora hasta que se reclame el derecho, y al comprobar que dicho término inició el 07 de marzo de 2020 y que la demanda fue presentada el 04 de noviembre de 2021, no se comprobó la superación del término.

²⁸ Cfr. Documento digital 10, folios36-37

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 DEBEN SER ACOGIDAS PARCIALMENTE LAS SÚPLICAS DE ESTE MEDIO DE CONTROL.**

4.6. 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.

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 LA EXISTENCIA Y NULIDAD del acto presunto originado por el silencio administrativo negativo del Municipio de Soacha – Secretaría de Educación y Cultura ante la reclamación radicada el 10 de febrero de 2021, a partir del 10 de mayo de 2021, de conformidad sustentado en líneas anteriores.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a al Municipio de Soacha – Secretaría de Educación y Cultura, a RECONOCER y PAGAR a la señora **MARGARITA OTÁLORA GONZÁLEZ**, identificada con C.C. No. **39.622.404**, 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, por 25 días, teniendo en cuenta la asignación básica invariable vigente al momento de la configuración de la mora, esto es, al año 2020.

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: Sin costas en la instancia.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Se acepta la renuncia de poder presentada por la abogada LINA PAOLA REYES HERNANDEZ, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.118.528.863 de Yopal y T.P. 278.713 del C.S. de la J., para actuar como apoderada judicial de LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, conforme el memorial visible en el documento digital No. 35.

SÉPTIMO: Se reconoce personería adjetiva al abogado JHORDIN STIVEN SUAREZ LOZANO, identificado con C.C. 1.010.014.681 de Ibagué, portador de la T.P. 343862 del C.S. de la J, para actuar como apoderado judicial de LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., conforme el poder visible en el documento digital No. 34.

OCTAVO: Ejecutoriada esta sentencia, **ARCHIVAR** el expediente dejando las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE²⁹, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez

MPG

La presente providencia fue firmada electrónicamente por la juez en la plataforma SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

Puede validar la autenticidad del documento ingresando en el siguiente link:
<https://samai.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/validador.aspx>

²⁹ Parte demandante: roanotificacionesprocuraduria@gmail.com; roaortizabogados@gmail.com
Parte demandada: t_lreyes@fiduprevisora.com.co; notificacionesjudiciales@minieducacion.gov.co;
procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co; santoalirioabogados@gmail.com;
sarabogadosconsultores@gmail.com; notjudicial@fiduprevisora.com.co;
notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co
t_lcubaque@fiduprevisora.com.co.
Ministerio Público: zmladino@procuraduria.gov.co