

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 diciembre de dos mil veinte (2020)

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

Demandante : **MARY LUZ VARGAS PÁEZ**
C.C. No. 23.780.539

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

Radicación : **Nº 11001334204720190052300**

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

Vencido el término establecido en providencia del 6 de noviembre de 2020 y según los parámetros normativos contenidos en el artículo 13 del Decreto Ley 806 de 2020, 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 ibídem, promovida por la señora **MARY LUZ VARGAS PÁEZ** 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

(...)

PRIMERO: Solicito se tenga como configurado el acto ficto o presunto negativo en razón a que la entidad demandada FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través del oficio N° S-2019-96146 del 21 de mayo de 2019, no hizo pronunciamiento de fondo a la **petición E-2019-85722 del 21 de mayo de 2019**, referente al reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en el parágrafo del artículo 5 de la ley 1071 de 2006, ya que con esta respuesta no se da alcance a lo peticionado, respecto a la procedencia o no de la mora.

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 de fondo la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora establecido en el parágrafo del 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 falta de respuesta de fondo a la petición N° E-2019-85722 del 21 de mayo de 2019; proferido por la entidad demandada, mediante el cual no se resuelve de fondo, o no contesta a la petición encaminada al reconocimiento y pago a la sanción por la mora en la expedición del acto administrativo que reconoce y ordena el pago **CESANTÍA 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 **CONDEDE 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 mi poderdante.

3.2. El pago tardío de la cesantía reconocida a favor de mi poderdante.

CUARTO: Condenar a la demandada a reconocer y pagar la **INDEXACIÓN** sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de sanción moratoria solicitados acordes con el IPC, desde el día siguiente en que se realizó el pago de las cesantías (fecha en la que deja correr la mora) y hasta que cobre ejecutoria la sentencia que ponga fin al presente medio de Control contencioso Administrativo.

QUINTO: Se condene en costas a 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 solicitó el 29 de junio de 2018 bajo el radicado 2018-CES-596011, ante la Secretaría de Educación Distrital, el reconocimiento y pago de una cesantía definitiva por retiro del servicio.
2. La Secretaría de Educación de Bogotá en nombre de FOMAG, reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva a través de la Resolución 11950 de 29 de noviembre de 2018.
3. El pago de las cesantías anteriormente mencionadas fue efectuado el 18 de febrero de 2019 por intermedio de la entidad bancaria.
4. El día 21 de mayo de 2019 a través de apoderado judicial, se 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, el cual fue remitido por competencia a la Fiduciaria la Previsora S.A, a través de oficio S-2019-96141 de 21 de mayo de 2019, sin respuesta de fondo a la fecha de la presentación de la demanda.

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:

Radicación: N° 11001334204720190052300

Demandante: Mary Luz Vargas Páez

Demandado: N- Ministerio de Educación Nacional-Fomag

Asunto: Sentencia _ sanción moratoria

La posición de la parte demandante se extrae del acápite de violación de la constitución como causal de nulidad, concepto de violación de normas legales y fundamento jurisprudencial contenido en libelo introductorio de la acción, así:

Asevera la 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- FOMAG, 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 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 FOMAG.

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.*

*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 acápite 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.

Radicación: N° 11001334204720190052300

Demandante: Mary Luz Vargas Páez

Demandado: N- Ministerio de Educación Nacional-Fomag

Asunto: Sentencia _ sanción moratoria

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., en el acápite de fundamentos de derecho, hace referencia a 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 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.

En cuanto al cálculo de la sanción moratoria se hace referencia a la sentencia de unificación SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, planteando la mora de la entidad después de setenta (70) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud.

En relación con 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, argumenta que la solicitud de cesantías se efectuó el 29 de junio 2018, de allí que los 70 días para el reconocimiento y pago de dicha prestación fenecieron el 11 octubre de 2018 y de acuerdo con lo contemplado por el Consejo de estado la mora iniciaría contarse desde el 12 de octubre 2018 y hasta el día anterior al pago de la cesantía, es decir, la presunta fecha de pago correspondería al 18 de febrero 2019, por lo cual se hablaría hipotéticamente de 129 días de mora.

III. TRAMITE PROCESAL

La demanda se presentó ante la Oficina de Apoyo el día 29 de noviembre 2019, repartida a esta sede judicial; se admitió por auto calendarado del 14 de febrero de 2020 y se notificó al Ministerio de Educación Nacional.

La entidad accionada contestó la demanda en término y en virtud de lo dispuesto por el Gobierno Nacional mediante Decreto 806 de 4 de junio de 2020, "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*",

que en su artículo 13 estableció los parámetros para proferir sentencia anticipada, el Despacho mediante proveído del 6 de noviembre de 2020 resolvió excepciones, se prescindió del periodo probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión por el término común de 10 días, dando aplicación a lo normado en el artículo 181 de la ley 1437 de 2011.

3.1. Alegatos de Conclusión:

3.1.1. Parte actora

El apoderado de la parte actora presentó en término alegatos de conclusión, haciendo referencia a lo planteado en la demanda y a los términos contenidos en la ley 1071 de 2006.

Se cita la sentencia SU-336 de 2017, a través de la cual la Corte Constitucional estima aplicar la sanción moratoria al régimen especial de docentes oficiales así:

"10.3.5. (...)...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 e l 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."

En cuanto al caso que nos ocupa, asevera que se deben reconocer 131 días de mora desde el 11 de octubre de 2018 hasta el 17 de febrero de 2019, multiplicándose el valor de 1 día de asignación básica, \$113.523 m/cte por 130 días para un total de \$ 14.722.842 m/cte.

3.1.2. Demandada:

La apoderada judicial del Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, presentó en tiempo alegatos precisando los términos de reconocimiento de cesantía contenidos en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

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 respecto al cálculo de la sanción moratoria, 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 resaltando la obligatoriedad del precedente.

Se solicita no condenar en costas, concluyendo que son 129 días de mora dentro del proceso por pago tardío de las cesantías.

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.

El problema jurídico 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.

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 2006¹ 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 para los vinculados con anterioridad, destacó que conservarían el régimen de la entidad territorial-.

¹ *“Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley [244](#) de 1995, se regula el pago de las cesantías”*.

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 Estado²: 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 lo dispone.

² 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.

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 336/17³, 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:

³ M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

- Petición elevada por el apoderado judicial de la accionante bajo el radicado S-2019-85722 de 21 de mayo de 2019, a través de la cual solicita el 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 11950 de 29 de noviembre de 2018 mediante la cual se hace el reconocimiento de una cesantía definitiva por retiro del servicio de conformidad a la solicitud elevada el 29 de junio de 2018 bajo el radicado 2018-CES-596011, por un valor neto de \$ 18.135.380 m/cte a favor de la accionante.
- Certificación Fiduprevisora S.A, con disponibilidad de pago de la suma anterior desde el día 18 de febrero de 2019.
- Constancia dentro de la conciliación extrajudicial radicado 515184 de 30 de agosto de 2019, mediante la cual la Procuraduría 83 Judicial I Para Asuntos Administrativos, declaró agotado el requisito de procedibilidad exigido para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por falta de ánimo conciliatorio el día 15 de noviembre de 2019.
- Formato único para expedición de certificado de historia laboral.

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, habiendo sido presentada la solicitud de reconocimiento de las cesantías definitivas por parte de la demandante el 29 de junio de 2018 radicado 2018-CES-596011, contaba la administración con el plazo de 15 días para resolverla, el cual se vencía el 24 de julio de 2018, término que fue incumplido, pues la entidad a través de la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, profirió el acto administrativo de reconocimiento sólo hasta el 29 de noviembre de 2018; entonces, 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
29/06/2018	24/07/2018	8/08/2018	11/10/2018	18/02/2019	129

Ahora bien, transcurrió un término de 129 días, frente a los cuales se condenará a la entidad demandada al pago de 1 día de salario a 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 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 2016⁴ 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 151⁵ 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.

⁴ 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.

⁵ 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.*

Igualmente, en sentencia de unificación SUJ-012-CE-S2 de 2018⁶, 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 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,

⁶ 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).

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.

Según la línea jurisprudencial expuesta y bajo los supuestos fácticos presentados en este expediente, se establece que el derecho a reclamar la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías ordenadas en la Resolución 11950 del 29 de noviembre de 2018, se hace exigible a partir del día **12 de octubre de 2018**, presentándose reclamación administrativa el **21 de mayo de 2019**, es decir, se interrumpió en tiempo el término de la prescripción, por otros tres años, presentando conciliación extrajudicial el **30 de agosto de 2019**, fallida el **15 de noviembre de 2019**. Por lo anterior, no se configuró este fenómeno jurídico, toda vez que presentó demanda el **29 de noviembre de 2019**.

4.5 Acto Ficto Negativo

Finalmente, y dado que la entidad no ha acreditado respuesta de fondo a la reclamación efectuada a nombre de la demandante el **21 de mayo de 2019**, se declara configurado el silencio administrativo negativo el día **21 de agosto de 2019**, de conformidad con lo establecido en el artículo 83 del C.P.A.C.A.

4.6 Indexación

De conformidad con la Sentencia de Unificación SUJ-012-CE-S2 de 18 de julio de 2018 proferida por el Consejo de Estado, si bien es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías hasta el pago oportuno realizado por la entidad, lo anterior, no implica desconocer lo dispuesto en el artículo 187 del CAPACA, por ordenarse aquí una condena al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, cuyo ajuste es independiente al periodo contabilizado de los días de mora, es decir, se ajustará el monto total de la sanción impuesta a partir del día del pago hasta la fecha de la ejecutoria de la presente sentencia.

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, 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 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,

F A L L A

PRIMERO: DECLÁRESE de oficio no probada la excepción de prescripción, según se indicó en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLÁRESE 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 21 de mayo de 2019 por la demandante, **a partir del 21 de agosto de 2019**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: DECLÁRESE la nulidad del acto presunto negativo configurado el 21 de agosto de 2019, según se indicó.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** a la **NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO**, a **RECONOCER y PAGAR** a la señora **MARY LUZ VARGAS PÁEZ identificada con cédula de ciudadanía No. 23.780.539**, 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 12 de octubre de 2018 al 17 de febrero de 2019, para un total de ciento veintinueve (129) días adeudados**⁷, teniendo en cuenta la asignación básica invariable vigente al momento del retiro.

7

QUINTO: La suma que deberá cancelar la entidad accionada, tendrá que ser ajustada en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es la suma que adeuda la entidad accionada a la parte demandante a título de sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente para el día en que se efectuó el pago (18 de febrero de 2019), teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

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

SEPTIMO: Sin costas en la instancia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ NUBIA GUTIÉRREZ RUEDA
Juez

Firmado Por:

LUZ NUBIA GUTIERREZ RUEDA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 47 ADMINISTRATIVO BOGOTÁ

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:

3f35ff81c8d7ed41e7b3dcb094dbdf6889de63a26507f066bb0491b23243b616

Documento generado en 03/12/2020 07:07:10 p.m.

Petición	15 días para proferir el A.A	10 días de ejecutoria (art. 76 CPACA)	Pago oportuno	Pago efectuado	Días de mora
29/06/2018	24/07/2018	8/08/2018	11/10/2018	18/02/2019	129

Radicación: N° 11001334204720190052300
Demandante: Mary Luz Vargas Páez
Demandado: N- Ministerio de Educación Nacional-Fomag
Asunto: Sentencia _ sanción moratoria

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