

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil veintiuno (2021)

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

Demandante : **CIRO ERNESTO MONTOYA PEDRAZA**
C.C. No. 79.606.811

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

Radicación : **Nº 11001334204720200001200**

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 8 de febrero de 2021 y según los parámetros normativos contenidos los artículos 182 A, 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 el señor **CIRO ERNESTO MONTOYA PEDRAZA** actuando a través de apoderado especial, contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

La parte demandante solicita las siguientes:

1.1.2 PRETENSIONES

(...)

1. *Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 10 DE JULIO DE 2019 frente a la petición presentada el 10 DE ABRIL DE 2019 en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*
2. *Declarar que mi representado tiene derecho a que la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

CONDENAS

1. *Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-**, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*
2. *Que se ordene a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-** dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*
3. *Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-** al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.*
4. *Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-** al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la SANCIÓN MORATORIA reconocida en esta sentencia.*
5. *Condenar en costas a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-** de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.*

1.3. HECHOS

1.1.3.1. Hechos Relevantes.

Los principales hechos el Despacho los resume así:

1. El demandante en calidad de docente en los servicios educativos estatales solicitó el 31 de julio de 2017 bajo el radicado 2017-CES-467893, ante la Secretaría de Educación Distrital, el reconocimiento y pago de una cesantía parcial para reparaciones locativas.
2. La Secretaría de Educación de Bogotá en nombre de FONPREMAG, reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a través de la Resolución 8617 de 16 de noviembre de 2017.
3. El reconocimiento y pago de las cesantías anteriormente mencionadas fue cancelada el día 9 de septiembre de 2018.
4. El día 10 de abril de 2019 a través de apoderada 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, FOMAG, sin respuesta de fondo a la fecha por parte de la entidad accionada.
5. El día 28 de octubre de 2019 la Procuraduría 193 Judicial I Para Asuntos Administrativos dentro del radicado 498467 de 23 de agosto de 2019 declaró agotada la conciliación extrajudicial, por falta de ánimo conciliatorio entre las partes.

1.1.4. Normas Violadas

Fundamentos de derecho.

Fueron señaladas como transgredidas, las siguientes disposiciones:

1. LEGALES:

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

II. POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1 Demandante:

La posición de la parte demandante se extrae del acápite IV. CONCEPTO DE VIOLACIÓN, contenido en libelo introductorio de la acción, así:

Como consecuencia al reconocimiento tardío por parte de FONPREMAG frente a las cesantías de los docentes, se expide la ley 244 de 1995 y la ley 1071 de 2006, estableciendo un término perentorio de 15 días después de radicada la solicitud para su reconocimiento y 45 días para proceder al pago de las mismas con posterioridad a la expedición del acto administrativo, sin superar los 65 días hábiles.

El incumplimiento de lo anterior genera una sanción equivalente a 1 día de salario con posterioridad a los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud hasta cuanto se efectúe el pago efectivo de las cesantías.

El artículo 5 numeral 2 de la ley 91 de 1989 dispone:

Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

Por lo anterior, al tratarse de un docente nacional o nacionalizado con cesantías reconocidas con posterioridad a esta norma, la sanción moratoria está en cabeza de la entidad accionada.

La ley 244 de 1995 artículos 1° y 2° establecen el término para el reconocimiento de la cesantía así:

Artículo 1°.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la 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.

Artículo 2°.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha 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.

*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.***

Norma sustituida por la ley 1071 de 2006 así:

*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.

Con la normativa referida, se busca garantizar el pago oportuno de este emolumento contemplando 5 días adicionales al término contemplado en la ley 1071 de 2006 para la ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento.

En cuanto a la cita jurisprudencial, se hace referencia una posición del Consejo de Estado que data del 8 de abril de 2008, radicado 730012331000200401302 (1872-07) C.P Gerardo Arenas Monsalve, en la que se hace el estudio de la contabilización del término de la sanción a partir de la firmeza del acto administrativo, sin que se exima de responsabilidad a la entidad correspondiente si existe un reconocimiento tardío o simplemente no se emita pronunciamiento.

Posición reiterada en varias sentencias del Consejo de Estado radicado 2266-08 de 28 de enero de 2010, C.P Gerardo Arenas Monsalve y del 30 de julio de 2009 C.P Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicado 73123310002001100006-01, 2777-2007 C.P Jesusmaría Lemos Bustamante del 27 de marzo de 2007, 1998-760 C.P Bertha Lucía Ramírez de Páez el día 2 de octubre de 2008, entre otras, cuyo término debe ser contabilizado a partir de la solicitud de reconocimiento, 15 días hábiles

siguientes para expedir el acto administrativo, 5 días hábiles para su ejecutoria y 45 días hábiles para el pago.

2.1.2 Demandada.

La entidad accionada presentó contestación en término a través de escrito allegado el día 7 de octubre de 2020, precisando en los fundamentos de derecho los términos para el reconocimiento de la prestación según los parámetros normativos de la ley 244 de 1995 y la ley 1071 de 2006.

En cuanto a la sanción moratoria hace alusión a los parámetros dictaminados mediante sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU-336-17 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.

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

Analizado el caso concreto se establece que el docente realizó la solicitud de cesantías el 31 de julio 2017 de allí que los 70 días para el reconocimiento y pago de dicha prestación fenecieron el 10 de noviembre 2017 y de acuerdo con lo contemplado por el Consejo de estado la mora iniciaría contarse desde el día siguiente, es decir, desde el 11 de noviembre 2017 y hasta el día anterior al pago efectivo de la prestación, de allí que, si así queda probado en el proceso, el pago correspondería al 26 enero de 2018 para un presunto total de 76 días de mora.

III. TRAMITE PROCESAL

La demanda se presentó ante la Oficina de Apoyo el día 23 de enero de 2020, repartida a esta sede judicial; se admitió por auto calendado del 14 de febrero de la misma anualidad y se notificó al Ministerio de Educación Nacional.

La entidad accionada contestó la demanda en término, así las cosas, el Despacho mediante proveído del 8 de febrero de 2021, resolvió excepciones, incorporó pruebas al expediente, prescindió del periodo probatorio y fijó el litigio, cumpliéndose con los presupuestos legales contemplados en el artículo 182 A del CPACA para dictar sentencia anticipada, corriendo traslado para alegar de conclusión en la forma prevista 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, reiterando los hechos y los argumentos planteados en el escrito introductorio de la acción.

Con relación a la sanción moratoria, la SU-336 de 2017 dispone que resulta aplicable a los docentes oficiales a quienes se les otorga un trato equivalente a los de los empleados públicos independientemente de que no sean catalogados como tal.

A su vez, mediante Sentencia de Unificación calendada el 18 de julio de 2018, con No. de radicado 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, se ratificaron tanto los términos para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de acuerdo a lo que consagra la Ley 1071 de 2006, como el derecho que tienen los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a ser beneficiarios de dicho reconocimiento en caso de que la entidad supere los términos fijados por la misma ley.

Atendiendo al caso que nos ocupa, el extremo activo de la acción sostiene que el actor solicitó las cesantías el día 31 de julio de 2017, por lo cual la entidad tenía hasta el día 14 de noviembre de 2017 para reconocer y pagar dicha prestación, cumplidos los 70 días hábiles otorgados por la Ley.

A pesar de lo anterior, la prestación fue pagada hasta el día 09 de julio de 2018 por la entidad, por lo cual es claro que esta superó dicho término, generando con ello una mora de 237 días a favor del actor.

En atención a la indexación, según el apoderado judicial del actor la SUJ-SII-012-2018 de 18 de Julio de 2018 no contempla su procedencia, pues no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero, por tanto, mientras se causa la sanción moratoria día a día no podrá indexarse.

De tal forma, cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia – art. 187 – y una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación, sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

Bajo el presupuesto interpretativo anterior, se concluye que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización; sin embargo, el valor total generado sí se ajustará en su valor desde la fecha que cesó dicha mora 9 de julio de 2018 hasta la ejecutoria de la sentencia que se profiera por este Despacho.

3.1.2. Demandada:

La apoderada judicial del Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, presentó en tiempo alegatos haciendo referencia a 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 las consecuencias del incumplimiento al momento de reconocer y pagar las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG ya mencionados por la entidad dentro del escrito de contestación de demanda.

En cuanto a la posición sentada por parte del Consejo de Estado para el 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 considerándose la obligatoriedad del precedente y la aplicación retrospectiva de la norma, en los términos del artículo 277 del CPACA en concordancia con la C-816 de

2011 proferida por la Corte Constitucional; igualmente se solicita no condenar en costas al no existir comprobación objetiva de su causación.

Del estudio del caso en concreto se contempla como fecha de solicitud de cesantía el 31 de julio de 2017, Resolución 8617 por medio de la cual se reconoce la cesantía el 16 noviembre de 2017, como fecha máxima de pago (70 días) el 10 de noviembre 2017 y fecha efectiva de pago el 26 enero de 2018, para un total de 76 días de mora.

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 febrero de 2021, la fijación del litigio se estableció así:

En virtud de lo anterior, la fijación del litigio consiste en establecer si el 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 parciales, por concepto de la sanción establecida en la Ley 1071 de 2006. De esta manera, queda fijado el litigio.

4.2. Normatividad aplicable al caso

La Ley 244 de 1995 mediante la cual “*Se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones*”, consagraba el procedimiento a aplicarse para que las entidades efectuaran el pago de las cesantías a los servidores públicos; sin embargo, esta normativa fue modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006¹ que señaló:

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

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-.
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

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.

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 parcial 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.

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

³ M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

la condición más beneficiosa y materializa los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política.

4.3. CASO CONCRETO

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

- Resolución 8617 de 16 de noviembre de 2017 a través de la cual se reconoce y ordenó el pago de una cesantía parcial para reparaciones locativas, según petición del 31 de julio de 2017 radicado 2017-CES-467893, por valor de \$17.705.590.
- Derecho de petición radicado bajo el número E-2019-65609 el 10 de abril de 2019 por la apoderada judicial del accionante, solicitando el reconocimiento y pago de la sanción mora por el pago tardío de las cesantías indicadas en el punto anterior.
- Constancia de agotamiento de conciliación extrajudicial bajo el radicado N° 498467 de 23 de agosto de 2019, expedida el 28 de octubre de 2019, por la procuraduría 193 Judicial I Para Asuntos Administrativos.
- Constancia de pago de parcial expedida por Fiduprevisora S.A el 23 de julio de 2020 **a través de la cual se hace constar que la suma por concepto de cesantías parciales a favor del actor por valor de \$17.705.590 m/cte, fue puesta a disposición a partir del 26 de enero de 2018 con reprogramación del 9 de julio de 2018** en el Banco BBVA, sucursal calle 43.

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso habiendo sido presentada por el demandante solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales para reparaciones locativas el 31 de julio de 2017, contaba la administración con el plazo de 15 días para resolverla, el cual se vencía el 23 de agosto de 2017, 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 16 de noviembre de 2017; entonces, **i)** 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 y, **ii)** como quiera que el pago de las cesantías fue dejada a disposición del docente desde el 26 de enero de 2018, fecha en la que debido a su no cobro, resultó reprogramada más de 6 meses después, se tendrá en cuenta la primera data para la contabilización de la mora, habida cuenta que este asunto de manera alguna

se puede atribuir a la entidad accionada, pues en el expediente no obra prueba que acredite la causa de la citada reprogramación. Así entonces:

Petición	15 días para proferir el A.A	10 días de ejecutoria (art. 76 CPACA)	Pago oportuno	Pago efectuado	Días de mora
31/07/2017	23/08/2017	6/09/2017	10/11/2017	26/01/2018	76

Ahora bien, transcurrió un término de 76 días, frente a los cuales se condenará a la entidad demandada al pago de 1 día de salario a el 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.

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.

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.

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

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.

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).

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, 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 8617 del 16 de noviembre de 2017, se hace exigible a partir del día **11 de noviembre de 2017**, presentándose reclamación administrativa el **10 de abril de 2019**, es decir, se interrumpió en tiempo el término de la prescripción, por otros tres años, presentando conciliación extrajudicial el **23 de agosto de 2019**, fallida el **28 de octubre de 2019**. Por lo anterior, no se configuró este fenómeno jurídico, toda vez que presentó demanda el **23 de enero de 2020**.

4.5 Acto Ficto Negativo.

Finalmente, y dado que la entidad no ha acreditado respuesta de fondo a la reclamación efectuada a nombre del demandante el **10 de abril de 2019**, se declara configurado el silencio administrativo negativo el día **10 de julio 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 parcialmente 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 10 de abril de 2019 por el demandante, **a partir del 10 de julio de 2019,** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: DECLÁRESE la nulidad del acto presunto negativo configurado el 10 de julio de 2019 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** a la **NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO,** a **RECONOCER y PAGAR** al señor **CIRO ERNESTO MONTOYA PEDRAZA** identificado con **cédula de ciudadanía No. 79.606.811,** 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 11 de noviembre de 2017 al 25 de enero de 2018, para un total de setenta y seis (76) días adeudados**⁷, teniendo en cuenta la asignación básica invariable vigente al momento en que se configura la mora.

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:

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

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 (26 de enero de 2018), 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.

SÉPTIMO: 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

7

Petición	15 días para proferir el A.A	10 días de ejecutoria (art. 76 CPACA)	Pago oportuno	Pago efectuado	Días de mora
31/07/2017	23/08/2017	6/09/2017	10/11/2017	26/01/2018	76

Radicación: N° 11001334204720200001200
Demandante: *Ciro Ernesto Montoya Pedraza*
Demandado: *Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fomag*
Asunto: *Sentencia-sanción moratoria*

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:

cdddd8885547132ba43285866d6893af13e28e87bec89e9c8ac6ec4b3929cc77

Documento generado en 21/04/2021 12:38:02 PM

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