

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO CUARENTA Y SIETE (47) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

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

Demandante : **NATALY SOLARTE VILLEGAS**
C.C. No. 53.160.379

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

Radicación : **Nº 11001-33-42-047-2019-00493-00**

Asunto : **Sanción moratoria**

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

S E N T E N C I A

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA:

1.1.1 ASUNTO A DECIDIR Y COMPETENCIA

Vencido el término establecido en providencia del 25 de marzo 2021 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 **NATALY SOLARTE VILLEGAS** 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 EXISTENCIA** del acto ficto o presunto configurado el día **19 DE ENERO DE 2019**, frente a la petición radicada el **19 DE OCTUBRE DE 2018** con relación al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de (sic) en el pago de las cesantías, toda vez que la misma no fue contestada por parte de la entidad demandada Ministerio de Educación Nacional – Fonpremag.
2. Declarar la nulidad del acto ficto o presunto configurado el día **19 DE ENERO DE 2019**, frente a la petición radicada el **19 DE OCTUBRE DE 2018**, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCION POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y 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.
3. 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 SANCION POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

CONDENAS

1. Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-**, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
2. Que se ordene a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-** dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso tal como lo dispone el artículo 192 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A).
3. Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-** al reconocimiento y pago de 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.
4. Condenar 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 y Código General del Proceso.

1.1.3. 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 24 de agosto de 2015 a la Nación, Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de una cesantía a que tenía derecho.
- 2.** La Secretaría de Educación del Distrito, reconoció y ordenó el pago de una cesantía a través de la Resolución 6808 de 25 de noviembre de 2015.
- 3.** Las cesantías fueron canceladas el 29 de febrero de 2016, por medio de entidad bancaria, transcurriendo 85 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelar la cesantía hasta el momento en que se efectuó el pago.
- 4.** El día 19 de octubre de 2018, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora, sin respuesta de fondo a la fecha por parte de la entidad, configurándose el acto ficto presunto de que trata el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

1.1.4. Normas Violadas

Fundamentos de derecho.

Fueron señaladas como transgredidas, las siguientes disposiciones:

1. LEGALES:

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

II. POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1 Demandante

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

Las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, regularon el pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableciendo un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, 15 días hábiles después de radicada la solicitud para expedir el acto administrativo, 10 días para que el acto administrativo que reconoce la prestación quede debidamente ejecutoriado y 45 para proceder al pago a partir de la firmeza del acto administrativo de reconocimiento.

Pese a lo anterior, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cancela las cesantías por fuera de los términos establecidos en la Ley, generando una sanción para la entidad equivalente a un (1) día de salario del docente con posterioridad a los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, contado hasta que se efectúe el pago de las cesantías.

Advierte que en un principio la sanción establecida en el párrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995, era para la cesantías definitivas, pues la intención del legislador fue buscar recursos rápidos para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos al retirarse o perder su trabajo; sin embargo, esta normativa fue sustituida, con la expedición de la Ley 1071 de 2006, y la protección de que el trabajador pudiera obtener su pago de cesantías antes de los 70 días después de radicada la solicitud, fue ampliada a la cesantía parcial.

El reconocimiento y pago de la cesantía de la actora está siendo burlada por la entidad demandada, toda vez, que se encuentra cancelado la prestación, con posterioridad a los setenta (70) días después de haber realizado la petición de las mismas, obviando la protección de los derechos al trabajador y haciéndose el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía.

Finalmente transcribe apartes de jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema de la sanción por mora entre ellas la sentencia del 8 de abril de 2008, M.P Gerardo Arenas Monsalve NI 1872-07, que refirió que la sanción contenida en la ley 244 de 1995, se encuentra a cargo del empleador moroso a favor del trabajador por el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de ley, pues su espíritu normativo propende a proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías; providencia del 28 de enero de 2010, M.P Gerardo Arenas Monsalve expediente No 2266-08 definiendo que cuando no exista pronunciamiento

de la administración frente a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías, los términos deben contabilizarse a partir del día siguiente de la petición.

2.1.2 Demandada

La entidad accionada presentó contestación de demanda en término a través de escrito allegado el día 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 concluyendo que (i) la sanción moratoria busca contribuir con la mengua de las cargas económicas que pueden enfrentar los asalariados por la demora injustificada del pago de sus cesantías, (ii) los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, no obstante, sus funciones y características se asemejan a los mismos y por ende se les aplica 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 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 24 de agosto de 2015 de allí que los 70 días para el reconocimiento y pago de dicha prestación fenecieron el 03 de diciembre de 2015 y de acuerdo con lo contemplado por el Consejo de Estado, la mora iniciaría contarse desde el día siguiente, es decir, desde el 04 de diciembre de 2015 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 29 de febrero de 2016, para un presunto total de 87 días de mora.

III. TRAMITE PROCESAL

La demanda se presentó ante la Oficina de Apoyo el día 12 de noviembre de 2019, asignada por reparto a esta sede judicial; se admitió por auto calendado del 28 de febrero de 2020 y se notificó al Ministerio de Educación Nacional.

La entidad accionada contestó la demanda en término, así las cosas, el Despacho mediante proveído del 25 de marzo de 2021, determinó que las excepciones propuestas por la entidad *i)improcedencia de la indexación de la sanción moratoria e ii) improcedencia de la condena en costas*, al no ser excepciones previas deben resolverse al momento de proferir sentencia; incorporó pruebas al expediente, prescindió del término 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

La parte actora presentó alegatos de conclusión en tiempo, mediante memorial enviado al correo electrónico del Despacho el 15 de abril de 2021, reiterando hechos, pretensiones y argumentos expuestos en la demanda, además manifestó que en el expediente obran pruebas suficientes para demostrar la fecha de pago, la cual puede ser corroborada con el recibo Fiduprevisora.

Resalta que, el Consejo de Estado en sentencia del 21 de octubre de 2011, M.P. Gustavo Gómez Aranguren aclaró que la Ley 1071 de 2006, es aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en razón al derecho a la igualdad y al principio indubio pro operatio; de igual forma, cita la sentencia de unificación de fecha de 18 de julio de 2018, radicado No 73001-23-33-000-2014-00580-00 radicado interno No 4961-2015, que constituye doctrina vinculante en cuanto al régimen aplicable a los docentes en relación a la sanción por mora en la cancelación oportuna de las cesantías conforme a la Ley 1071 de 2006, posición que estableció la Corte Constitucional en sentencia SU 336 de 2017.

Por lo anterior, solicita sean despachadas favorablemente las súplicas de la demanda.

3.1.2. Demandada

Vencido el término del traslado, la apoderada judicial del Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó alegatos de conclusión en tiempo, mediante memorial enviado al correo electrónico del Despacho el 07 de abril de 2021, en el cual hace un recuento normativo de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, concluyendo que a los docentes le son aplicables las disposiciones normativas en relación a la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

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.

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

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

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

acreedor de cualquier obligación de ejecución diferida en el tiempo esté protegido contra sus efectos nocivos”.

Por lo anterior, manifiesta que la figura de la sanción moratoria es incompatible con la indexación, pues, de no ser así se constituiría en una doble sanción para la administración haciendo más gravosa su situación, por ende, en el presente caso, si bien, le asiste derecho al docente de la sanción moratoria no es viable que se conceda la indexación de dicha penalidad, máxime cuando existe sentencia de unificación en la que se establece la prohibición de la misma.

Finalmente manifiesta que en el caso concreto se configuraron 87 días de mora, por lo tanto, solicita que, en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, se tenga en cuenta lo expuesto frente a la imposibilidad de acceder a la indexación de la sanción moratoria y no se condene en costas.

3.1.3. Ministerio Público

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

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

IV. CONSIDERACIONES

Por razones de orden metodológico, el Despacho en primer término 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 25 de marzo de 2021, la fijación del litigio se estableció así:

(...)

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

4.2. Normatividad aplicable al caso

La 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-.
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,

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

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.

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 01 de julio de 2012 o en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), cuya entrada en vigencia se dio a partir del 2 de julio de 2012, dependiendo entonces de la fecha en que se haya efectuado la solicitud de reconocimiento de cesantía, que permita determinar la normativa que regenta el derecho de petición.

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

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

- Petición elevada por el apoderado judicial de la accionante bajo el radicado E-2018-159723 de 19 de octubre de 2018, a través de la cual solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el reconocimiento tardío de las cesantías.
- Resolución 6808 de 25 de noviembre de 2015, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva de conformidad a la solicitud elevada el 24 de agosto de 2015, bajo el radicado 2015-CES-041494, por un valor neto de \$ 2.561.693 a favor de la accionante.
- Certificado de pago de cesantía expedido por Fiduprevisora S.A. de fecha 01 de octubre de 2018, en el que indica que el pago de las cesantías **reconocidas mediante la Resolución No 6802 de 25 de noviembre de 2015, fue puesto a disposición de la actora el 29 de febrero de 2016, por valor de \$ 2.561.69.**
- Constancia de fecha 01 de octubre de 2019, mediante la cual la Procuraduría 131 Judicial II Para Asuntos Administrativos, declara agotado el requisito de procedibilidad exigido para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por falta de ánimo conciliatorio; conciliación extrajudicial con radicación E-2019-429899/174 de 23 de julio de 2019.

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, habiendo sido presentada la solicitud de reconocimiento de las cesantías definitivas por parte de la

³ M.P. Iván Humberto Escruce Mayolo.

demandante el 24 de agosto de 2015, contaba la administración con el plazo de 15 días para resolverla, el cual se vencía el 14 de septiembre de 2015, término que fue incumplido, pues la entidad, a través de la Secretaría de Educación Distrital profirió el acto administrativo de reconocimiento sólo hasta el 25 de noviembre de 2015; por lo cual, no será tenida 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
24/08/2015	14/09/2015	28/09/2015	03/12/2015	29/02/2016	87

Ahora bien, transcurrió un término de 87 días, frente a los cuales se condenará a la entidad demandada al pago de 1 día de salario de la demandante por cada uno de los días en que incurrió en mora.

4.4. Prescripción

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

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.

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.

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.

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).

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, para la instancia el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria no es otro que a partir del día siguiente en que la entidad debía efectuar el pago, es decir, el día 70 en aplicación de la ley 1071 de 2006.

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

Según la línea jurisprudencial anterior y bajo los supuestos fácticos presentados en este proceso, se establece que el derecho a reclamar la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías ordenadas en la Resolución 6808 de 25 de noviembre de 2015, se hace exigible a partir del día **04 de diciembre de 2015**, presentándose reclamación administrativa el **19 de octubre de 2018**, es decir, se interrumpió en tiempo el término de la prescripción, por lo cual no se configuró este fenómeno jurídico, además de que se presentó demanda el 12 de noviembre de 2019.

4.5 Acto presunto negativo

Finalmente, y dado que la entidad no ha acreditado respuesta de fondo a la reclamación efectuada a nombre de la demandante el **19 de octubre de 2018**, se declara configurado el silencio administrativo negativo el día **19 de enero 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 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., no exige la condena en sí misma, sino el pronunciamiento por parte del operador judicial, en razón a lo anterior, este Despacho advierte que no encontró respecto a la parte vencida conducta reprochable, por tanto, no se hace necesaria la sanción.

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

En mérito de lo expuesto, el Juzgado 47 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

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 19 de octubre de 2018, por la demandante, **a partir del 19 de enero de 2019**, conforme se explicó.

TERCERO: DECLÁRESE la nulidad del acto presunto negativo configurado el 19 de enero 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** a la señora **NATALY SOLARTE VILLEGAS** identificada con **cédula de ciudadanía No. 53.160.379,** 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 04 diciembre de 2015 al 28 de febrero de 2016, para un total de ochenta y siete días (87) días adeudados⁷, teniendo en cuenta la asignación básica vigente al momento del retiro del servicio.**

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 (**29 de febrero de 2016**), 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.

⁷

Petición	15 días para proferir el A.A	10 días de ejecutoria (art. 76 CPACA)	Pago oportuno	Pago efectuado	Días de mora
24/08/2015	14/09/2015	28/09/2015	03/12/2015	29/02/2016	87

SÉPTIMO: Sin costas en la instancia.

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

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:

5128569704cbf0af664550d8dec0703e07dfe32949377230fe7fc33a99929364

Documento generado en 12/05/2021 01:47:02 PM

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