Audiencia inicial- Artículo 180 C.P.A.C.A.
Acta No. 102 – 2017

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-**2016-0028**00
Demandante: MARTHA CECILIA CASTRO DE BOLIVAR
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONPREMAG-FIDUPREVISORA S.A.
Tema: Sanción moratoria

En Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días del mes de septiembre de 2017, siendo las tres y cincuenta y un minutos de la tarde **(3:51 p.m.)**, la suscrita Juez **17** Administrativa Oral de Bogotá declara formalmente abierta la presente AUDIENCIA INICIAL prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora **MARTHA CECILIA CASTRO DE BOLIVAR**, en el radicado 110013335-017-**2016-00280-**00, en contra del **Ministerio de Educación – FONPREMAG-FIDUPREVISORA S.A.**.

I. PRELIMINARES

A. PRESENTACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES:

1. Apoderado de la demandante: MIGUEL ARCÁNGEL SÁNCHEZ CRISTANCHO, con cédula de ciudadanía No. 79.911.204 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 205.059 del C.S. de la J., autoriza notificaciones al correo electrónico: colombiapensiones1@hotmail.com

2. Apoderado de la demandada: JEYSSON ALIRIO CHOCONTA BARBOSA, con cédula de ciudadanía No. 1033706367 de Bogotà, y Tarjeta Profesional No. 271.763 del C.S. de la J., quien se reconoce personería para actuar según poder aportado en audiencia autoriza notificaciones al correo electrónico: gerencia@aintegrales.co

Esta decisión se adopta mediante auto sustanciación **No. 325**

2. SANEAMIENTO

El Despacho no observa vicios o irregularidades que invaliden lo actuado. Sin embargo, se concede el uso de la palabra a los apoderados

intervinientes para que se pronuncien respecto de posibles vicios o nulidades en el proceso, de no manifestarse en esta oportunidad se entenderán saneados.

Sin manifestación de las partes, en consecuencia en firme se continúa con la diligencia.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 369**

Esta decisión queda notificada en estrados, sin oposición por el apoderado de la parte actora, una vez en firme se continúa con la diligencia.

3. EXCEPCIONES

Dentro del término de traslado, conforme las disposiciones del artículo 175 del C.P.A.C.A, el apoderado de La Nación- Ministerio de Educación Nacional y la Fiduprevisora S.A., no contestaron la demanda por tanto no hay excepciones que resolver respecto de estas entidades. Tampoco encuentra el Despacho excepciones previas que deban resolverse de oficio.

Igualmente, el apoderado de la entidad propuso la **falta de legitimación por pasiva**, sobre la que se entra a resolver, así:

El apoderado de la entidad desiste de esta excepción, sustentación que queda plasmada en el audio.

El Despacho acepta el desistimiento.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 370**

Las partes quedan notificadas en estrados, se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte actora por si tiene recursos u observación alguna. Sin oposición por el interviniente, una vez en firme se continúa con la diligencia.

II. FIJACIÓN DEL LITIGIO

A. DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

De acuerdo con el escrito de demanda que obra a folio 22-42, las pretensiones de la demanda se concretan a lo siguiente:

1. Que se declare la existencia y nulidad del acto ficto o presunto negativo, en razón a que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el oficio No. S-2014-163691 de fecha 31 de octubre de 2014, no hizo pronunciamiento de fondo frente a la petición radicada bajo el No. 2014-CES-018717 de 30 de mayo de 2014, solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de las cesantías.

2. Que se declare la existencia y nulidad del acto ficto o presunto negativo, en razón a que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el oficio No. S-2016-15458 de fecha 3 de febrero de 2016, no hizo pronunciamiento de fondo frente a la petición radicada bajo el No. E-2016-16928 de 27 de enero de 2016, solicitando el reconocimiento y pago de la sanción por mora.

3. Que como consecuencia de la nulidad se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar el valor de la sanción moratoria.

4. Condenar a la demandada a reconocer y pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de los reajustes solicitados acorde con el IPC, desde el momento del reconocimiento de la cesantía y hasta que se haga efectivo el pago.

5. Condenar en costas a las entidades demandadas, incluyendo agencias en derecho las cuales las estima en tres (3) S.M.L.M.V.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **Ministerio de Educación Nacional – FONPREMAG y la FIDUPREVISORA S.A**, se abstuvieron de contestar la demanda.

C. PROBLEMA JURÍDICO

El cargo de nulidad propuesto contra el acto administrativo demandado es la violación de norma superior, el cual se configura en la medida en que se ha negado el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en la ley 1071 de 2006, no obstante darse los presupuestos fácticos para su procedencia.

Fijado el litigio en el presente asunto. La Juez concede el uso de la palabra a las partes para que manifiesten si están de acuerdo con la fijación del litigio.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 371**

Esta decisión queda notificada en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

III. CONCILIACIÓN

El Despacho procede a agotar la etapa de conciliación, para el efecto, se otorga el uso de la palabra al **apoderado de la entidad demandada** para que manifiesten si tienen fórmula de arreglo o conciliación respecto del presente litigio.

Parte demandada: el asunto fue sometido a comité y no existe ánimo conciliatorio

El Despacho teniendo en cuenta lo señalado por la parte accionada declara **FALLIDO** el intento conciliatorio agotado en esta etapa procesal

y ordena continuar con la actuación. **Una vez en firme se continúa con la diligencia.**

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 372**

IV. MEDIDAS CAUTELARES

En consideración a que no existen medidas cautelares pendientes por resolver, se continúa con la siguiente etapa procesal.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No.373**

V. DECRETO DE PRUEBAS

En los términos y condiciones establecidos en la ley se decretan y se tienen como pruebas:

PARTE DEMANDANTE En los términos y condiciones establecidos en la ley TÉNGANSE como pruebas documentales las aportadas con la demanda a las cuales se dará el valor probatorio que corresponda en la sentencia.

PARTE DEMANDADA. El Ministerio de Educación Nacional – Fonpremag y la Fiduprevisora S.A no contestaron la demandad, por lo que no hay pruebas que decretar, como tampoco allegaron el correspondiente expediente administrativo.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio No. 374 se notifica a las partes en estrados.

VI. CIERRE PERIODO PROBATORIO

Teniendo en cuenta que con las pruebas obrantes son suficientes para tomar una decisión de fondo, el despacho cierra la etapa probatoria y conforme con el artículo 179 de CPACA se ordena correr traslado a las partes para que presenten sus alegatos conclusivos otorgando a cada una un término máximo de 5 minutos.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 375** las partes quedan notificadas en estrados. Sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

Antes de otorgarles el uso de la palabra para que presenten los alegatos conclusivos, el despacho les pregunta a los intervinientes si evidencian alguna irregularidad en el trámite efectuado en la audiencia que pueda acarrear alguna **nulidad en la actuación**. Se deja constancia de que las partes ni el ministerio público observan irregularidad alguna en el trámite de la audiencia.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, así:

A. **PARTE DEMANDANTE**: Se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la demanda, en la forma consignada en el audio.

B. **PARTE DEMANDADA**: Se ratifica sobre los argumentos de la contestación, tal como queda consignado en el audio.

VIII. SENTENCIA No. 31

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y escuchados los alegatos de las partes, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**, así:

A. RESUMEN DE LA DEMANDA

Los hechos, pretensiones, y problema jurídico son como quedaron fijados en esta diligencia, en cuanto a las **NORMAS VIOLADAS**, la demandante invocó algunos artículos de la Constitución Política, Ley 57 y 153 de 1887, Decreto 2277 de 1979, Ley 91 de 1989, Ley 4 de 1992, Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006.

B. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Estimó que las entidades accionadas vulneran derechos fundamentales como el de la igualdad, protección y asistencia de las personas de la tercera edad y el debido proceso al negar a la demandante el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por su pago tardío establecida en la Ley 1071 de 2006 que es aplicable a todos los servidores públicos que laboren al servicio del Estado y de sus entidades descentralizadas territoriales y por servicios, independientemente del régimen a que correspondan, sin que sea un obstáculo la falta de presupuesto de la entidad pagadora.

Así mismo, describe jurisprudencia aplicable en casos de reconocimiento de la sanción por mora en el pago de cesantías parciales y definitivas (ff 25 a 39).

C. CONSIDERACIONES

La ley 91 de 1989

Estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados. Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen

prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones **vigentes para los empleados públicos del orden nacional.** En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

El numeral 1° del artículo 15 de la ley 91 de 1989, señala:

> *"Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*
>
> *1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*
>
> *Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán* ***por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley****"*

De otra parte sobre la calidad de servidores públicos, indica la ley 60 de 1993:

> *"El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales,* ***que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal,*** *se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992.*

Así mismo, la ley 115 de 1994 señala que los docentes son:

> *"Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de* ***servidores públicos de régimen especial****.*
>
> *De esta forma se puede establecer que el legislador creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como la entidad encargada de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes* ***regidos por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional o las que se expidan a futuro con las excepciones consagradas en la ley para los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990.***

Estando a cargo del fondo de prestaciones sociales del magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías y siendo aplicables a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990 las disposiciones jurídicas de carácter prestacional que se expidieran a futuro para los empleados públicos del orden nacional es viable la aplicación de la sanción moratoria desarrollada por la ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006 porque esta norma fue expedida a favor de todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, incluyendo las entidades que prestan servicios públicos y de educación del orden nacional y territorial en desarrollo del inciso final del artículo 53 de la C.P. en razón a que los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados de manera oportuna".

El H. Consejo de Estado subsección A[1]y, B[2] y, la Corte Constitucional **SU336/17** han señalado que es procedente la aplicabilidad de la sanción moratoria a favor de los docentes en razón a que la ley 1071 de 2006 que modificó la ley 244 de 1995, cobija a todos los empleados y trabajadores del estado como quedó contemplado en la exposición de motivos al advertir que "... la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo aparato del estado, no sólo a nivel nacional sino territorial"

En palabras de la subsección A de la sección segunda del Consejo de Estado *"... el legislador no solo reguló la mora en el pago de las cesantías, sino que además le dio un término a la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las mismas, por ende, debe estudiarse cada caso en concreto, pues si el acto administrativo de reconocimiento se expide dentro del término legal conferido, los 45 días para el pago comienza a contabilizarse desde la firmeza del mismo; no obstante, si la entidad competente para expedir el acto de reconocimiento de las cesantías sobrepasa el término para emitirlo, por culpa de la entidad y no del solicitante, no es procedente inferir que el término de la sanción moratoria empieza a contarse desde la firmeza del acto administrativo expedido tardíamente, toda vez que ello atentaría contra el espíritu de la norma, que es darle un tiempo prudencial a la entidad para que realice el procedimiento interno de reconocimiento y pago de una prestación social que le pertenece al servidor público por el solo hecho de laborar en la entidad. "*

La Corte Constitucional para llegar a la conclusión señalada por el despacho en primer lugar entendió a los docentes como asimilables a los

---

[1] sentencia del 21 de octubre de 2011Radicación interna 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09) ponencia Gustavo Gómez Aranguren Actor Eduardo Montoya Villafañe, sentencia del 10 de julio de 2014radicación No. 17001-23-33-000201-00080-01(2099-13) Ponencia de Luis Rafael Vergara Quintero. Actor Martha Lucia Hernández Clavijo y, sentencia del 17 de noviembre de 2016 radicación 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014) Ponencia de William Hernández Gómez. Actor Fabio Ernesto Rodríguez Díaz.

[2] Sentencia del 22 de enero de 2015 con radicación 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14) Ponencia Sandra Lisseth Ibarra Vélez. Actor Yaneth Lucia Gutiérrez Gutiérrez y sentencia del 14 de diciembre de 2015 con radiación 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14). Actor Diva Liliana Diago de Castillo.

empleados públicos por "existir importantes semejanzas, incluso identidades entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que, según explicó, son propias del trabajo de los docentes oficiales, entre ellas, cumplir tareas propias y típicas de entidades administrativas y la circunstancia de ser empleados de carrera, que se vinculan previo concurso, a través de un acto administrativo de nombramiento. Y, en segundo lugar recordó que a partir de la ley 91 de 1989 en lo que tiene que ver con el pago de cesantías el FOMAG se rige por la normatividad aplicable a los empleados del sector público nacional[3] Así, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, dijo la Corte Constitucional, se debe dar aplicación al criterio de la condición que resulte más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social[4]

Señala la corte: "... *La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:*

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su

---

[3] Sentencia c-486 de 2016.

[4] De conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Constitución la legislación en materia laboral debe garantizar ciertos principios mínimos a favor del trabajador, como lo son *"la igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles;* ***situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho****; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad".* El principio de favorabilidad ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como aquel que se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. Según ha sostenido la Corte, en estos eventos *"los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social"* (sentencia T-832A de 2013). En otras palabras, si bien los jueces, incluyendo las Altas Cortes, tienen un amplio margen de interpretación en las normas laborales, "no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquél que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. En consecuencia, una conducta contraria configura un defecto que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, por desconocimiento directo del artículo 53 Constitucional" (sentencia T-350 de 2012).

naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 19895.

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución.

(vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012)"

Marco normativo de la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías

La sanción moratoria es una sanción a favor del trabajador con el propósito de resarcir los daños que se causaron a éste con ocasión del incumplimiento en el pago de sus cesantías. Su objeto es proteger el derecho de los servidores a percibir la liquidación de sus cesantías

La sanción moratoria de manera particular, se encuentra desarrollada por la ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006, publicada el 31 de julio de 2006, así:

[5] Sentencias C-741 de 2012 y C-486 de 2016.

"ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.

ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

ARTÍCULO 3o. RETIRO PARCIAL DE CESANTÍAS. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2o de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.

2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.

ARTÍCULO 4o. 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 5o. 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".

La anterior disposición, por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones, al igual que la ley 244 de 1995, protege al servidor público que solicita la liquidación de las cesantías definitivas o parciales al momento de la terminación de la relación laboral o dentro de un plazo razonable.

Como bien puede apreciarse, la Administración debe liquidar a los funcionarios o exfuncionarios las cesantías parciales o definitivas dentro de los 15 días siguientes a la solicitud y, una vez agotada la vía gubernativa, tiene 45 días hábiles para pagarla; si en éste término no cumple, a partir del día siguiente deberá cancelar al servidor o exservidor un día de salario por cada día de retardo, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en dicha disposición normativa.

De esta forma, las entidades empleadoras, dentro de los **quince (15) días** hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas o parciales, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5º de la misma ley, tienen un plazo máximo de **cuarenta y cinco (45)** días hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo para cancelar la prestación.

Considera el Despacho que la disposiciones en estudio procuran resguardar el derecho de los servidores públicos, a fin que reciban de manera oportuna la liquidación de sus cesantías y para ello estableció el procedimiento para su reconocimiento y pago, estimando una sanción a cargo de la Administración y a favor del trabajador, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, en caso de constituirse mora en el pago de la referida prestación. Dicha sanción se contabiliza a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías, salvo que dicha manifestación se haga de manera tardía, en cuyo caso debe contabilizarse un total de 65 días desde la radicación de la solicitud de reconocimiento como se precisa en jurisprudencia del Consejo de Estado.

DEL CASO CONCRETO

De las pruebas documentales incorporadas al proceso se puede concluir que la Secretaría de Educación Distrital, negó el reconocimiento del pago de la sanción que regula la norma anteriormente mencionada.

La Tesis de la entidad demandada para no reconocer el pago de la sanción moratoria es que las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 no son aplicables a los docentes afiliados la FONPREMAG la competencia para proceder al pago y reconocimiento de las cesantías y la sanción moratoria por no pago de las mismas, corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

ANALISIS PROBATORIO

Revisadas las pruebas recaudadas, se observa que la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías se presentó ante la Secretaría de Educación de Bogotá -según se desprende de la Resolución 3459 del 28 de junio de 2012 folio 3 a 4- el día veintinueve -29- de agosto de 2011; en consecuencia, para la entidad distrital, se causa la mora a partir del dos de diciembre de 2011, partiendo del hecho que el 19 de septiembre de ese año se cumplieron los 15 días para que la entidad profiriera el acto administrativo que liquidara y reconociera el pago de las cesantías parciales y 5 días más de ejecutoria que finalizan 26 de septiembre, quedando en firme el acto en esta fecha; seguidamente, se deben contabilizar 45 días para cancelar la prestación los cuales se cumplen el primero (1°) de diciembre; por tanto, el día siguiente, es decir, el dos de diciembre de 2011 empezó a causarse la mora por parte de la entidad.

Del 2 de diciembre de 2011 al 2 de septiembre de 2012, fecha anterior en que se ingresó para el pago según certificación de la Fiduprevisora S.A. que reposa en el folio 6 del cuaderno principal, es el rango de tiempo dentro del cual se debe contabilizar la sanción moratoria que debe pagar el Ministerio de Educación.

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero

Ahora bien, en torno a la solicitud de indexación, este Despacho acoge el criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, en la cual examinó la exequibilidad del parágrafo transitorio del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, conforme al cual no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella[6]. Por tal razón este Despacho no accederá a la pretensión de indexación solicitada, siendo ésta la línea pacifica adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado:

---

[6] Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996 *"(...) [L]a sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. (...)".*

"[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996[7], la jurisprudencia del Consejo de Estado [8]ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que "la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995[9] [...]"

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.[10].

Prescripción de mesadas

En lo relativo a la efectividad de dicho reajuste y en lo concerniente a la prescripción trienal, se ha de indicar que si bien la entidad demandada no contestó la demanda por tanto no propuso ésta excepción, el Despacho considera necesario examinar si en el caso en concreto se configura o no, Frente al particular, en sentencia del 19 de enero 2017, con Ponencia de la H. Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, la Subsección B –Sección Segunda del Consejo De Estado, en aplicación de la sentencia de Unificación del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016)[11], estableció que:

---

[7] Mediante la cual la Corte declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3 .º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: "Así, el parágrafo del artículo 2 .º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...) En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella" (Resaltado no es del texto original).

[8] Por mencionar una de tantas, se puede consultar la sentencia del 31 de enero del 2008 de la Sección Segunda, Subsección A, radicado interno 7749-05, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

[9] Sentencia del 5 de agosto de 2010 de la Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 1521- 2010, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

[10] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A" Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 Número Interno: 1520-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

[11] Consejo De Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda, C.P Luis Rafael Vergara Quintero.

"La prescripción entendida como aquél fenómeno extintivo de derechos y obligaciones que opera por la omisión en el ejercicio de las acciones pertinentes una vez transcurrido el lapso de tiempo legal establecido para ello, a partir de la fecha de su exigibilidad, fue objeto de estudio por la Sección Segunda de esta Corporación23 en sentencia de 25 de agosto de 2016, mediante la cual unificó el criterio jurisprudencial para señalar que en los asuntos relativos a sanción moratoria, se debe aplicar el artículo 151 del Código de Procedimiento laboral, que prevé:

> *"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." (Subrayas fuera del texto original).*

De conformidad con la disposición transcrita, el término de 3 años deberá contarse a partir de la exigibilidad de la obligación, la cual varía en tratándose de la sanción moratoria causada, es decir, si se trata de la prevista para el régimen anualizado de cesantías o la contemplada respecto de todos los servidores públicos que soliciten el retiro parcial o definitivo de dicha prestación social, como se expone a continuación:

En lo concerniente a aquélla contemplada en la Ley 50 de 1990, por imperio de norma y en virtud del criterio unificador de la Sección Segunda, su exigibilidad tiene lugar a partir del momento en que el empleador incumple el deber de consignar el valor correspondiente a la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente en la cuenta individual del trabajador dentro del plazo legal (antes del 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causó la prestación).

*Por su parte, **la obligación prevista en la Ley 244 de 1995 empieza a causarse, a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de los 45 días que prevé el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 para el pago del auxilio de cesantías definitivas y su causación se prolonga hasta que se haga efectivo el pago parcial o definitivo, según el caso, de las cesantías**". (Negrillas y subrayas por fuera del texto)*

Por tanto, en aplicación al artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, se ha de indicar que de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que la mora, objeto de las pretensiones, se generó a partir del **2 de diciembre de 2011** y teniendo en cuenta que la demandante presentó dos solicitudes de reconocimiento de sanción moratoria[12], en aplicación al principio de favorabilidad, este Despacho tendrá en cuenta la primera petición, es decir, la realizada **30 de mayo de 2014** (ff 7-9), ante el FONPREMAG, es decir, no se configuró el fenómeno de la prescripción.

El salario que se debe tener en cuenta para la liquidar la sanción por mora es el último percibido por la demandante, así:

[12] Mediante radicados 2014-CES-018717 del 30 de mayo de 2014 y E-2016-16928 del 27 de enero de 2016.

Salario mensual	**Salario diario**	**Fecha de inicio de la mora**	**Día anterior al Pago**	**Días en mora**	**Total sanción por mora**
$2.425.592[13]	80.853[14]	2/12/2011	2/09/2012	270 [15]	$21.830.310[16]

Conforme la liquidación realizada anteriormente, se tiene que el valor que debe pagar la entidad demandada por sanción mora por pago tardío de las cesantías definitivas de la accionante, es de **$21.830.310.**

Los intereses.

A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del CPACA, a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5° del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

A. COSTAS

El Despacho, conforme con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se ha comprobado su valor en esta instancia además de que hubo un uso debido y no arbitrario de los instrumentos procesales por parte de esta siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso.

Advierte el Despacho que las normas citadas, la jurisprudencia anunciada, y el desarrollo del tema en extenso quedan consignados en el acta de esta diligencia.

DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR LA EXISTENCIA del acto ficto o presunto configurado el 30 de agosto de 2014 y 27 abril de 2016, frente a las peticiones presentadas el día 30 de mayo de 2014 y 27 de enero de 2016, respectivamente.

SEGUNDO.- DECLARAR LA NULIDAD del acto ficto o presunto configurado el 30 de agosto de 2014 y 27 abril de 2016, frente a las peticiones presentadas el día 30 de mayo de 2014 y 27 de enero de

[13] Salario recibido en el año 2011, según certificación obrante a folio 20.
[14] Resultado de $2.425.592/30 días
[15] Días comprendidos entre el 2/12/2011 al 2/09/2012, de 30 días del mes.
[16] Resultado de: 80.853*270

2016, respectivamente, conforme con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO.- DECLARAR NO CONFIGURADO el fenómeno de la prescripción, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FONPREMAG, **pagar**, en favor de la señora MARTHA CECILIA CASTRO DE BOLIVAR, una indemnización, a título de sanción moratoria, equivalente a un día de salario por cada día de mora comprendido entre el **2 de diciembre de 2011 al 2 de septiembre de 2012, inclusive**, es así, que el valor a pagar por sanción mora en el pago tardío de las cesantías definitivas de la demandante es la suma de **$21.830.310,** teniendo en cuenta los lineamientos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO. - NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El acto será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

SÉPTIMO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

OCTAVO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, así mismo, expídase copia de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P.

NOVENO.- Esta sentencia queda notificada en ESTRADOS, conforme se establece en el artículo 202 del C.P.A.C.A. y contra ella procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA con consonancia con el inciso 4 del artículo 192 del CPACA.

De la sentencia se corre traslado a las partes**:** SIN RECURSO.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se da por terminada, siendo las cuatro y diez minutos de la tarde (4:10 p.m.) y se firma por quienes en ella intervinieron.

FIRMAS,

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

JEYSSON ALIRIO CHOCONTA BARBOSA
Apoderado de la Demandada

Miguel A. Sánchez
CC 79 944 204 de Btá

MIGUEL ARCÁNGEL SÁNCHEZ CRISTANCHO
Apoderado de la Demandante

JULIO ANDRÉS GÓMEZ DURÁN
Secretario