



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
- SECCIÓN SEGUNDA -  
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

**Audiencia inicial - Artículo 180 C.P.A.C.A.**  
**Acta No. 22 – 2018**  
**Sala de Audiencias N° 11**

**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho

**Radicado:** 110013335-017-2013-00511-00

**Demandante:** GLADYS AMPARO OSPINA CASTRO

**Demandado:** MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONPREMAG –  
FIDUPREVISORA S.A.

**Tema:** Sanción moratoria

En Bogotá D.C., a los veinte (20) días del mes de abril de 2018, siendo las ocho y cincuenta minutos de la mañana (**08:50 a.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 de la referencia.

**PRESENTACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES:**

**Apoderado de la demandante:** LUIS CARLOS RODRÍGUEZ CÉSPEDES, con cédula de ciudadanía No. 19.151.623 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 65.530 del C.S. de la J., autoriza notificaciones al correo electrónico: luiscarlosrodriguez@yahoo.com

**Apoderado del Ministerio de Educación Nacional:** JULIAN VELANDIA RUIZ, con cédula de ciudadanía No. 79.363.784 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 141.523 del C.S. de la J., de conformidad con el poder aportado con la contestación de la demanda.

**Apoderado de la Fiduciaria Fiduprevisora S.A.:** JULIAN VELANDIA RUIZ, con cédula de ciudadanía No. 79.363.784 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 141.523 del C.S. de la J., de conformidad con el poder aportado con la contestación de la demanda.

**4. Ministerio Público:** ÁLVARO PINILLA GALVIS, Procurador 87 Judicial Administrativo. Se deja constancia que el señor Agente del Ministerio Público no asiste a esta diligencia.

El Despacho deja constancia de la inasistencia del Doctor LUIS CARLOS RODRÍGUEZ CÉSPEDES apoderado de la parte DEMANDANTE y del Doctor JULIAN VELANDIA RUIZ, en representación del Ministerio de Educación Nacional y la Fiduciaria la Previsora. Conforme con el **inciso 3º, numeral 3, del artículo 180 del C.P.A.C.A.** el despacho les otorga tres (3) días para justificar su inasistencia, so pena de imponer la sanción pecuniaria que de ella se predica.

**SANEAMIENTO 00:17:36** El Despacho no observa vicios o irregularidades que invaliden lo actuado. Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 178** y se notifica en estrados conforme al artículo 202 del C.P.C.A., sin oposición, una vez en firme se continúa con la diligencia.

JUZGADO (DIECISIETE) 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
EXPEDIENTE: 2013-511  
DEMANDANTE: GLADYS AMPARO OSPINA CASTRO

**EXCEPCIONES 00:19:18** Dentro del término de traslado, conforme con las disposiciones del artículo 175 del C.P.A.C.A., las entidades demandadas contestaron la demanda y propusieron las siguientes excepciones: Falta de legitimación por pasiva, buena fe, inexistencia de la obligación con fundamento en la ley y prescripción.

1.- Frente a las excepciones de **inexistencia de la obligación con fundamento en la ley, buena fe y prescripción**. El Despacho considera que guardando relación directa con el fondo del asunto, las mismas serán resueltas al momento de dictar sentencia.

2.- Frente a la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva** presentada por el apoderado de la **Fiduprevisora S.A y por parte del Ministerio de Educación Nacional**, la misma se declarará a favor de la primera y se negará en contra de la segunda en consonancia con los pronunciamientos que al respecto ha hecho el Consejo de Estado, frente a cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes.

El 1º de febrero de 2018, la Sección Segunda subsección A del Consejo de Estado radicación No. 73001-23-33-0002013-00181-01(2994-14) con ponencia del Dr. William Hernández ha señalado que la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como pasa a explicarse:

“.. Mediante la ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación Nacional cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Por su parte, el decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

En conclusión: El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías. “

Asimismo, se debe tener en cuenta el concepto No. 1614 del 13 de diciembre de 2004 de la Sala de Consulta y Servicio Civil según el cual:

*“La fiduciaria, en este caso, actúa como mandataria que paga conforme a lo ordenado en el acto administrativo y por consiguiente al efectuar el pago, no está reemplazando al ordenador del gasto, pues esta facultad la ejerce el Ministerio con la entrega de los recursos al patrimonio autónomo y la expedición del correspondiente acto administrativo”.*

JUZGADO (DIECISIETE) 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
EXPEDIENTE: 2013-511  
DEMANDANTE: GLADYS AMPARO OSPINA CASTRO

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación del 23 de enero de 2002, expresó:

*“Para concluir este aparte, corresponde reiterar que la Fiduciaria La Previsora S.A., es una sociedad de economía mixta, regida por el derecho privado, que, en principio, no puede ser sujeto pasivo del derecho de petición, porque su obligación de administrar los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y en consecuencia efectuar los desembolsos correspondientes a las prestaciones de los docentes, con base en la previa determinación de aquel no le imprime carácter de autoridad pública.”*

Así las cosas, el Despacho concluye que la Fiduciaria la Previsora S. A., tan solo es el organismo encargado del manejo de los recursos económicos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que sea su responsabilidad el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, que en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación Nacional.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 184** y se notifica en estrados de conformidad con el artículo 202 del C.P.A.C.A.

#### **FIJACIÓN DEL LITIGIO 00:40:13**

El Ministerio de Educación Nacional—Fonpremag aceptó como ciertos, los hechos 1, 2, 3, 6, 7, 8 y 9 de la demanda, relativos a la solicitud y reconocimiento de las cesantías definitivas, la notificación del acto, el retiro de las cesantías de la entidad bancaria, las solicitudes del pago de la indemnización moratoria y la solicitud de conciliación prejudicial. Señala que no son hechos el 4º, 5º y 11.

#### **Pretensiones de la demanda 00:40:38**

1. Solicita el apoderado que se declare la nulidad del oficio S-2013-81003, expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá – FONPREMAG y el 2013EE00053508 emitido por la Fiduprevisora S.A., manifestando que los mismos negaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por el no pago oportuno de las cesantías definitivas.
2. A título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional – Fonpremag, reconocer y pagar a la demandante el valor de la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo, establecida en la ley 1071 de 2006.
3. Condenar a la demandada a que sobre las sumas adeudadas a la demandante, se incorporen los ajustes de valor, acorde con el IPC.
4. Condenar a la demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia.
5. Condenar a la demandada a dar cumplimiento al fallo, dentro del término señalado en el C.P.A.C.A.
6. Condenar en costas a la demandada, incluyendo agencias en derecho.

JUZGADO (DIECISIETE) 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
EXPEDIENTE: 2013-511  
DEMANDANTE: GLADYS AMPARO OSPINA CASTRO

**Normas Violadas y Concepto De Violación:** El demandante refirió el desconocimiento de los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política y la Ley 1071 de 2006.

Señala entonces, que para el caso en concreto se desconocieron los términos que obligan a la administración a adelantar sus actuaciones, la efectividad de los derechos consagrados en la constitución en razón del pago inoportuno de la prestación pretendida, además indicó que se dejó de aplicar la Ley 1071 de 2006 por lo que señala que el acto administrativo acusado es ilegal por infracción manifiesta de la Constitución Política, la ley 244 de 1995 y los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

Finalmente, trae como referencia jurisprudencial sentencias proferidas por el Consejo de Estado que expresan el procedimiento para el reconocimiento de expedición del acto administrativo que reconoce la prestación y además el término con el que la entidad cuenta para proferir dicho acto y a partir de la cual se genera el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria. (fl.21-25)

**Contestación de la demanda** - El **Ministerio de Educación Nacional** manifestó que el Decreto 2831 de 2005 establece el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indicando que son las entidades territoriales las que elaboran y remiten el acto administrativo de reconocimiento a la Fiduprevisora para su aprobación y posterior pago. Así mismo, señala que la Ley 91 de 1989, constituye el régimen legal especial de los docentes donde se establecieron todos aquellos derechos, deberes y procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones de los mismos, determinando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, donde se fijó que dicho Fondo es el único habilitado para el pago del auxilio de cesantías, lo cual excluye a los beneficiarios de esta norma de los demás regímenes de liquidación de cesantías previstas en normas generales, tales como la Ley 50 de 199, la Ley 344 de 1996, así como las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Por último, señala que el Decreto 2831 de 2005 no consagra alguna sanción por mora en el pago de las cesantías, por lo tanto, la sanción dispuesta en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 no puede aplicarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en consecuencia no puede ejecutarse la sanción en contra de la Nación-Ministerio de Educación Nacional dado que no puede extenderse su poder punitivo a través de la analogía al no estar tipificada en el Decreto 2831 de 2005 (ff 68-73).

**Fijación del litigio 00:41:55** 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.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 193** ésta se notifica en estrados.

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

JUZGADO (DIECISIETE) 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
EXPEDIENTE: 2013-511  
DEMANDANTE: GLADYS AMPARO OSPINA CASTRO

### **CONCILIACIÓN 00:46:06**

El Despacho, teniendo en cuenta la inasistencia de la entidad, declara **FALLIDA** la oportunidad para conciliar en el proceso y ordena continuar con la actuación.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 199** y se notifica en estrados de conformidad con el artículo 202 del C.P.A.C.A.

**MEDIDAS CAUTELARES 00:48:08** 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. 201** y se notifica en estrados de conformidad con el artículo 202 del C.P.A.C.A.

### **DECRETO DE PRUEBAS 00:51:38**

**A favor de la parte demandante:** En los términos y condiciones establecidos en la Ley, se decretan y se tienen como pruebas al momento de fallar, los documentos acompañados con la demanda, dentro de las cuales se encuentran:

- Copia de la resolución 6395 del 30 de octubre de 2008, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación de Bogotá D.C., por medio de la cual reconoce y ordena el pago de Cesantías Definitivas a la accionante. (Fl.2-

- Solicitud E-2013-90365 radicada ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Oficina Regional de Bogotá D.C., el 16 de mayo de 2013, requiriendo se profiera acto administrativo de reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la ley 1071 de 2006. (Fl.6-9)

- Oficio S-2013-81003, emitido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación de Bogotá D.C., el cual remite por competencia la solicitud a la FIDUPREVISORA S.A.. (Fl.14)

- Oficio 2013EE00053508 el cual informa la fecha en que se puso a disposición de la demandante el pago de las cesantías definitivas, expedidos por la Fiduprevisora S.A..(Fl.15)

**A favor de la Parte demandada.** En los términos y condiciones de la ley se decretan y se tienen como pruebas las documentadas aportadas con la contestación de la demanda.

- Ahora bien, respecto de la solicitud de los antecedentes administrativos de la demandante, la misma será negada por innecesaria, como quiera que con las pruebas documentales decretadas se puede adoptar una decisión de fondo.

Este auto de pruebas se adopta mediante auto interlocutorio **No. 207** El cual se notifica a las partes en estrados conforme al 202 del C.P.A.C.A.

**ALEGATOS CONCLUSIVOS 00:59:27** considerando que las pruebas decretadas y requeridas para un pronunciamiento de fondo ya reposan en el expediente, de conformidad con el inciso del numeral 3 del artículo 179 de la ley 1437 de 2011 se corre traslado a las partes para que sustenten de manera oral sus alegatos conclusivos en un término máximo **de 10 minutos**

JUZGADO (DIECISIETE) 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
EXPEDIENTE: 2013-511  
DEMANDANTE: GLADYS AMPARO OSPINA CASTRO

La presente decisión se adopta mediante **Auto Interlocutorio No. 213** y se notifica a las partes en estrados de conformidad con el artículo 202 del C.P.A.C.A. SIN RECURSOS.

**Saneamiento.** 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 procesal efectuada hasta el momento.**

Se deja constancia de que las partes no observan irregularidad alguna en el trámite de la audiencia.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Teniendo en cuenta la inasistencia de los apoderados de la parte demandante y de la entidad demandada y evidenciando que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a dictar la siguiente

#### **SENTENCIA No. 32 MINUTO 01:20:00**

#### **ASUNTO A RESOLVER**

Procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral Expediente No. 2013-00511 propuesto por la señora GLADYS AMPARO OSPINA CASTRO contra NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONPREMAG (Minuto\_\_\_).

#### **TESIS DE LA DEMANDANTE**

Señala el demandante, que para el caso en concreto se desconocieron los términos que obligan a la administración a adelantar sus actuaciones, la efectividad de los derechos consagrados en la constitución en razón del pago inoportuno de la prestación pretendida y además indicó que se dejó de aplicar la ley 1071 de 2006 por lo que señala que el acto administrativo acusado es ilegal por infracción manifiesta de la Constitución Política, la ley 244 de 1995 y los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, generando la sanción moratoria por el no pago de las cesantías definitivas de la accionante oportunamente.

#### **TESIS DE LA DEMANDADA 01:21:35**

Como quiera que las normas que regulan el reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes vinculados al citado Fondo no se ha establecido sanción alguna, no se debe acceder a las pretensiones de la demanda, pues para que ello suceda es necesario la norma especial que así lo determine, no pudiéndose extender su poder punitivo a través de la analogía al no estar tipificada en el Decreto 2831 de 2005.

#### **IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO**

Se pretende la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, producto del silencio administrativo negativo del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, frente a la petición presentada por la actora, el día 16 de mayo de 2013 bajo el radicado E-2013-90365, al no contestar de fondo dicha solicitud mediante el oficio S-2013-81003 del 13 de junio de 2013, mediante el cual, el Fondo Nacional de

JUZGADO (DIECISIETE) 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
EXPEDIENTE: 2013-511  
DEMANDANTE: GLADYS AMPARO OSPINA CASTRO

Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación de Bogotá, remitió por competencia la petición a la Fiduprevisora S.A..

### **PROBLEMA JURÍDICO 01:22:18**

Corresponde en este asunto determinar si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el valor de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías definitivas reconocidas por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., mediante resolución N° 6395 del 30 de octubre de 2008, de conformidad con el artículo 5 de la ley 1071 de 2006.

### **SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO 01:22:42**

De conformidad con la Jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, la demandante como docente debe ser considerada empleada pública, razón por la que tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo.

### **ANÁLISIS DEL DESPACHO 01:23:09**

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 1º 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 1º de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

El numeral 1º 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***

JUZGADO (DIECISIETE) 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
 EXPEDIENTE: 2013-511  
 DEMANDANTE: GLADYS AMPARO OSPINA CASTRO

**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 1º 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 1º 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<sup>1</sup>y, B<sup>2</sup> 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

<sup>1</sup> sentencia del 21 de octubre de 2011 Radicación interna 19001-23-31-000-2003-01299-01 ( 0672-09) ponencia Gustavo Gómez Aranguren Actor Eduardo Montoya Villafañe, sentencia del 10 de julio de 2014 radicación 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.

<sup>2</sup> 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.

JUZGADO (DIECISIETE) 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
EXPEDIENTE: 2013-511  
DEMANDANTE: GLADYS AMPARO OSPINA CASTRO

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."<sup>3</sup>

La Corte Constitucional para llegar a la conclusión señalada por el despacho en primer lugar entendió a los docentes como asimilables a los 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<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Sentencia del primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018), Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: William Hernández Gómez, Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00181-01(2994-14).

<sup>4</sup> Sentencia c-486 de 2016.

<sup>5</sup> 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

JUZGADO (DIECISIETE) 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
EXPEDIENTE: 2013-511  
DEMANDANTE: GLADYS AMPARO OSPINA CASTRO

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 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 1989.<sup>6</sup>

(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

---

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).

<sup>6</sup> Sentencias C-741 de 2012 y C-486 de 2016.

JUZGADO (DIECISIETE) 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
 EXPEDIENTE: 2013-511  
 DEMANDANTE: GLADYS AMPARO OSPINA CASTRO

*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** 2:30:50

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:

*“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 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”.*

JUZGADO (DIECISIETE) 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
EXPEDIENTE: 2013-511  
DEMANDANTE: GLADYS AMPARO OSPINA CASTRO

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 agotado el procedimiento administrativo, tiene 45 días hábiles para pagarla; si en éste término no se 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 – CONTABILIZACIÓN DE LA MORA 02:27:36**

Revisadas las pruebas recaudadas, se observa que la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías definitivas se presentó ante la Secretaría de Educación de Bogotá<sup>7</sup> el día veintisiete **-27- de agosto de 2008**; en consecuencia, para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se causa la mora a partir del **dos-2- de diciembre de 2008**, partiendo del hecho que **el 17 de septiembre** de esa anualidad se cumplieron los 15 días para que la entidad profiriera el acto administrativo que liquidara y reconociera el pago de las cesantías definitivas; 5 días más de ejecutoria, de conformidad con el C.C.A., que finalizan **24 de septiembre de 2008**, quedando en firme el acto en esta fecha; seguidamente, se deben contabilizar 45 días para cancelar la prestación, los cuales se cumplen el **primero (01) de diciembre**; por tanto, el día siguiente, es decir, **desde el dos de diciembre de 2008 hasta el 31 de marzo de 2009**, fecha anterior en que se puso a disposición el pago según certificación de la Fiduprevisora S.A. visible a folio 15 del cuaderno principal, es el rango de tiempo dentro del cual se debe contabilizar la sanción moratoria.

<sup>7</sup> Según se desprende de la Resolución 6395 del 30 de octubre de 2006, (folios 2-3).

JUZGADO (DIECISIETE) 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
EXPEDIENTE: 2013-511  
DEMANDANTE: GLADYS AMPARO OSPINA CASTRO

Así las cosas, existió tardanza en el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de la demandante, pues pese a que la indemnización moratoria solo empieza a computarse a partir del día siguiente a los 65 días hábiles posteriores a la radicación de la petición, la sanción opera por el hecho de que la administración no cumple los términos en el trámite de la prestación, vale decir, por no haberse pronunciado dentro del término de 15 días frente a la solicitud de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías definitivas.<sup>8</sup>

Como quiera que la demandante se encuentra dentro del supuesto consagrado en el párrafo del artículo 5º de la ley 1071 de 2006, tiene derecho al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías definitivas, hasta que se hiciera efectivo el pago de las mismas.

### **Prescripción 02:06:52**

En lo relativo a la efectividad de dicho reajuste y en lo concerniente a la prescripción trienal, 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)<sup>9</sup>, estableció que:

*“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 Corporación 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*

<sup>8</sup> Sentencia del primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018), Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: William Hernández Gómez, Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00181-01(2994-14).

<sup>9</sup> Consejo De Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda, C.P Luis Rafael Vergara Quintero.

JUZGADO (DIECISIETE) 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
EXPEDIENTE: 2013-511  
DEMANDANTE: GLADYS AMPARO OSPINA CASTRO

*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". (Negritas 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 **02 de diciembre de 2008** y la reclamación se realizó el **16 de mayo de 2013** (fl. 6).

Como quiera que la demandante tenía hasta el 02 de diciembre de 2011 para reclamar la sanción moratoria se configuró en este caso el fenómeno jurídico de la prescripción razón por la cual se negarán las pretensiones de la demanda.

Considera el Despacho necesario recordar que la generalidad, en la aplicación de la Jurisprudencia, es que la misma tenga efectos retroactivos y no retrospectivos, por esa razón, aún cuando la demanda objeto de la presente diligencia se presentó con anterioridad a la expedición del criterio establecido por la H. Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en lo referente a la procedencia de la sanción moratoria en el caso de los docentes, el Despacho aplica de manera retroactiva dichas sentencias unificadas, en consonancia con los artículos 102 y 270 del C.P.A.C.A.

#### **Costas 02:31:10**

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 actora, 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.

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 02:31:43**

**PRIMERO.- DECLARAR LA EXISTENCIA DEL ACTO FICTO** configurado el 16 de agosto de 2013, frente a la petición presentada el día 16 de mayo de 2013.

**SEGUNDO.- DECLARAR PROBADA** la excepción de prescripción formulada por la entidad demandada, de conformidad con lo expuesto en precedencia, en consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

**TERCERO.- SIN COSTAS** en esta instancia por no aparecer causadas.

JUZGADO (DIECISIETE) 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
EXPEDIENTE: 2013-511  
DEMANDANTE: GLADYS AMPARO OSPINA CASTRO

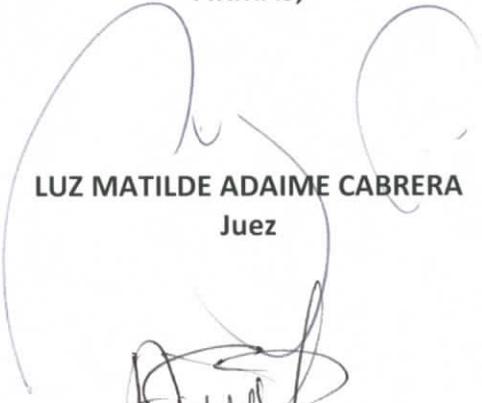
**CUARTO.-** Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, procédase al archivo definitivo previo las anotaciones pertinentes.

**QUINTO.-** 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.

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 once y cincuenta y cuatro (11:54) minutos de la mañana (a.m.) y se firma por quienes en ella intervinieron.

**FIRMAS,**



**LUZ MATILDE ADAIME CABRERA**  
Juez



**ANGELA MILENA ROMERO CUÉLLAR**  
Oficial Mayor

