



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.24 – 2018

Sala de Audiencias N° 11

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

**Radicado:** 110013335-017-2015-00027-00

**Demandante:** PASTORA CABEZAS QUIÑONES

**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 treinta minutos de la mañana (**08:30 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:** 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](mailto:colombiapensiones1@hotmail.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., a quien se le reconoce personería de conformidad con 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., a quien se le reconoce personería de conformidad con poder aportado con la contestación de la demanda.

**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 JULIÁN VELANDIA RUÍZ, apoderado de la parte DEMANDADA. Conforme con el inciso 3º, numeral 3, del artículo 180 del C.P.A.C.A. el despacho le otorga tres (3) días para justificar su inasistencia, so pena de imponer la sanción pecuniaria que de ella se predica

Esta decisión se adopta mediante **auto de sustanciación No. 400** Se notifica en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

**SANEAMIENTO 00:17:36** El Despacho no observa vicios o alguna nulidad que invaliden lo actuado. Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 181** 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.

**EXCEPCIONES 00:18:21** 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, prescripción, caducidad, inexistencia de la obligación con fundamento en la ley y, buena fe.

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.

En sentencia de 1º de febrero de 2018, 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”.*

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

3.- Respecto a la excepción de **caducidad de la acción** por considerar que el actor contaba con 4 meses a partir del momento en que presuntamente se cumplía el término legal para pagar la cesantía solicitada, sin que dentro de dicho término hubiese realizado la reclamación respectiva, es importante **precisar** que el conteo de la caducidad comienza a partir del día siguiente a la notificación del acto administrativo que negó la solicitud de pago de la sanción moratoria. En el caso en concreto, en razón a que no existe pronunciamiento por parte del Ministerio de Educación, de conformidad con lo señalado en el literal **d)** del artículo 164 del C.P.C.A.<sup>1</sup>, no opera el fenómeno jurídico de la caducidad puesto que el demandante podía demandar cualquier tiempo el acto ficto.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 185** y se notifica en estrados de conformidad con el artículo 202 del C.P.A.C.A.

#### **FIJACIÓN DEL LITIGIO 00:37:32**

El Ministerio de Educación Nacional—Fonpremag aceptó como ciertos, los hechos 1, 2, 3, 7, 8, 10, 11, 13, de la demanda relativos al tiempo laborado por la accionante, la fecha de la solicitud de las cesantías definitivas, el acto de reconocimiento, el requerimiento del demandante para la expedición del acto administrativo, , la contestación de la anterior petición, el silencio frente a la sanción moratoria, , la negación de la Fiduprevisora frente a la solicitud de la sanción moratoria, . Señala que no son hechos el 4º, 5º, 6º, 9º y niega los numerales 12, razón por lo que deberán ser sometidos al debate probatorio.

**Pretensiones de la demanda 00:38:04** Conforme lo dispuesto previamente, las pretensiones de la demanda se concretan a lo siguiente:

**1.** Que se declare la existencia y nulidad del acto ficto o presunto negativo con ocasión a la petición radicada bajo el No. E-2014-133479 el 19 de agosto de 2014, por medio del cual se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora ordenado por el artículo 5 de la ley 1071 de 2006.

**2.** A título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar el valor de la sanción señalada en el artículo 5 de la ley 1071.

<sup>1</sup> “**Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda.** La demanda deberá ser presentada: (...)1. En cualquier tiempo, cuando: (...) **d)** Se dirija contra actos producto del silencio administrativo.”

3. El pago indexado sobre las sumas de dinero adeudadas conforme con el IPC, desde el momento del reconocimiento de la cesantía y hasta que se haga efectivo el pago; el cumplimiento de la sentencia conforme con el artículo 192; la liquidación de la sentencia en trámite incidental, según el artículo 193 y, el cumplimiento del trámite para el pago de las condenas según el art.195 del CPACA.

4. Condenar en costas a la demandada, incluyendo agencias en derecho las cuales las estima en dos (2) S.M.L.M.V.

**Normas Violadas y Concepto De Violación:** El demandante refirió el desconocimiento de los artículos 2, 13, 16, 25, 29, 48, 53, 58 y 228 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, ley 1071 de 2006, entre otras.

Estimó que la entidad accionada ha estado vulnerando el derecho al pago de cesantías por cuanto las cancela por fuera de los términos establecidos en la ley, generando una sanción para la entidad equivalente a 1 día de salario, por cada día de retardo en el pago, tal y como lo dispone la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 y la Jurisprudencia del Consejo Estado que estableció cómo se deben computar los términos para comenzar a causarse la sanción por mora.

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.39-44)

**Contestación de la demanda - El Ministerio de Educación Nacional** – Señaló que el procedimiento regulado por la Ley 91 de 1989 y el decreto 2831 de 2005 es el procedimiento aplicable al caso de las prestaciones sociales del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo cual mal haría aplicar el régimen establecido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 pues difiere a grandes rasgos del procedimiento especial de los docentes y menos aún hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se encuentra regulado en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no pago oportuno del auxilio de cesantías.

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 (fol. 82-87).

**FIJACIÓN DEL LITIGIO 00:39:22** 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.

JUZGADO (DIECISIETE) 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
EXPEDIENTE: 2015-027  
DEMANDANTE: PASTORA CABEZAS QUIÑONES

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 190** y se notifica en estrados de conformidad con el artículo 202 del C.P.A.C.A.

**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. 195** 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. 203** y se notifica en estrados conforme al artículo 202 del C.P.A.C.A.

#### **DECRETO DE PRUEBAS 00:53:24**

**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 los cuales se encuentran:

- .- La resolución 1244 del 08 de abril de 2011, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de Cesantías Definitivas a la accionante. (Fl.5-6)
- .- Constancia de la Fiduprevisora 2012-ER160931 referente a la fecha en que dispuso en nómina el valor de las cesantías reconocidas (Fl. 7)
- .- Cédula de ciudadanía de la demandante
- .- Solicitud E-2014-133479 del 19 de agosto de 2014, radicada ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la ley 1071 de 2006. (Fl.9)
- .-Oficio S-2014-121155, emitido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Oficina Regional de Bogotá D.C., por el cual remite por competencia la solicitud del reconocimiento y pago de la sanción moratoria a la FIDUPREVISORA S.A.. (Fl.10-11)
- .- Constancia de factores salariales que devengaba la accionante en los años 2009, 2010 y 2011 (Fl.14-15)
- .- Constancia 2014ER00063251 en el que se especifica la fecha de pago de las cesantías expedidos por la Fiduprevisora S.A.. (Fls. 7 y 13)

**Prueba conjunta:** La demandada y la procuraduría solicitan los antecedentes administrativos de la demandante, al respecto, la misma negada por innecesaria como quiera que con las pruebas documentales decretadas se puede adoptar una decisión de fondo

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 209** se notifica a las partes en estrados.

**ALEGATOS CONCLUSIVOS 00:59:27** Considerando que las pruebas decretadas y requeridas para un pronunciamiento de fondo ya reposan en el expediente, se ordena dar traslado a las partes para que presenten sus **ALEGATOS CONCLUSIVOS** en un término máximo **de 10 minutos de conformidad con el inciso del numeral 3 del artículo 179 de la ley 1437 de 2011.**

La presente decisión se adopta mediante **Auto Interlocutorio No. 215** y se notifica a las partes en estrados de conformidad con el artículo 202 del C.P.A.C.A. SIN RECURSOS.

Antes de otorgarles el uso de la palabra para que presenten los alegatos conclusivos, el despacho 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.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

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

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

Escuchados los alegatos de la parte demandante y evidenciando que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a dictar la siguiente

### **SENTENCIA No. 29 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. 2015-00027 propuesto por la señora PASTORA CABEZAS QUIÑONES contra NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONPREMAG.

### **TESIS DE LA DEMANDANTE**

Estimó que la entidad accionada ha estado vulnerando el derecho al pago de cesantías por cuanto las cancela por fuera de los términos establecidos en la ley, generando una sanción para la entidad equivalente a 1 día de salario, por cada día de retardo en el pago, tal y como lo dispone la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 y la Jurisprudencia del Consejo Estado que estableció cómo se deben computar los términos para comenzar a causarse la sanción por mora.

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.39-44)

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

El procedimiento regulado por la Ley 91 de 1989 y el decreto 2831 de 2005 es el procedimiento aplicable al caso de las prestaciones sociales del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo cual mal haría aplicar el régimen establecido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 pues difiere a grandes rasgos del procedimiento especial de los docentes y menos aún hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se encuentra regulado en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no pago oportuno del auxilio de cesantías.

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 (fol. 82-87).

### IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Acto administrativo ficto con ocasión a la petición presentada el día 19 de agosto de 2014 bajo el radicado E-2014-133479.

### 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 número 1244 del 8 de abril de 2011, 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 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 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>2</sup>, B<sup>3</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, cubija 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.”<sup>4</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

<sup>2</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>3</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.

<sup>4</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).

el FOMAG se rige por la normatividad aplicable a los empleados del sector público nacional<sup>5</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>6</sup>

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>7</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

<sup>5</sup> Sentencia c-486 de 2016.

<sup>6</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 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>7</sup> Sentencias C-741 de 2012 y C-486 de 2016.

*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:

*“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”.*

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 02:14:48

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 1244 del 8 de abril de 2011, (folios 5-6) el día **ocho -08- de noviembre de 2010**; en consecuencia, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se causa la mora a partir del once de febrero de 2011, partiendo del hecho que el **30 de noviembre de 2010** se cumplieron los 15 días para que la entidad proferiera el acto administrativo que liquidara y reconociera el pago de las cesantías definitivas; 5 días más de ejecutoria que finalizan **7 de diciembre de 2010** de conformidad con el C.C.A., quedando en firme el acto en esta fecha; seguidamente, se deben contabilizar 45 días para cancelar la prestación los cuales se cumplen **el diez (10) de febrero de 2011**; por tanto, el día siguiente, es decir, desde el **once-11- de febrero de 2011, hasta el 07 de septiembre de 2011**, fecha anterior en que se efectuó el pago según certificación de la Fiduprevisora S.A. visible a folios 7 y 13 del cuaderno principal, es el rango de tiempo dentro del cual se debe contabilizar la sanción moratoria.

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 parágrafo 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 hiciere efectivo el pago de las mismas.

### Prescripción- tesis unificada 02:18:12

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:*

<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.

*“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 aquella 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 **11 de febrero de 2011** y la reclamación se realizó el **19 de agosto de 2014** (fl. 9).

Como quiera que el demandante tenía hasta el 11 de febrero de 2014 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.

El Despacho realiza aclaración frente a los alegatos presentados por el apoderado de la parte demandante, relacionado con la aplicación de las sentencias de unificación frente al tema de prescripción, recordando 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 02:25:10**

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

JUZGADO (DIECISIETE) 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
EXPEDIENTE: 2015-027  
DEMANDANTE: PASTORA CABEZAS QUIÑONES

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 02:25:34**

**PRIMERO. DECLARAR LA EXISTENCIA** del acto ficto o presunto configurado el 19 de noviembre de 2014, frente a la petición presentada el día 19 de agosto de 2014, bajo el radicado E-2014-133479.

**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.

**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.

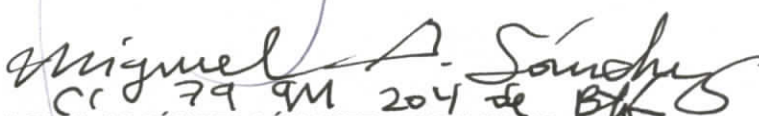
De la sentencia se corre traslado a las partes: El apoderado de la parte actora presenta recurso de apelación, que sustentará en el término legal establecido.

La parte actora interpone recurso de apelación que sustentará dentro del término legal.

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

  
**MIGUEL ARCÁNGEL SÁNCHEZ CRISTANCHO**  
Apoderado de la Demandante

  
**ANGELA MILENA ROMERO CUÉLLAR**  
Oficial Mayor

