Secretaría: Una vez dictado el sentido del fallo en la audiencia inicial celebrada el 28 de febrero de 2019, ingresa al Despacho para proferir Sentencia Escrita. Para Proveer

1 de marzo de 2019

KARENTH ADRIANA DAZA GOMEZ
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.

SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C, 27 MAR 2019 **Sentencia No.** 18

Radicado: 110013335-017-**2017 00361**-00
Demandante: Fabián Enrique Galindo Godoy
Demandado: Ministerio De Educación – Fomag
Medio De Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema: Sanción Moratoria

De conformidad con lo señalado en audiencia inicial de fecha 28 de febrero de 2019, en la cual se dictó el sentido del fallo, se procede a dictar de forma escrita **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

ANTECEDENTES

El señor Fabián Enrique Galindo Godoy actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado 03 de noviembre de 2017 (f.36), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

Pretensiones de la demanda:

1. Que se declare la existencia y la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 01 de febrero de 2017, frente a la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria radicada el 01 de noviembre de 2016 ante el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional – Fomag a pagar a la demandante la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías parciales contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

3. Que la demandada de cumplimiento a la sentencia que se dicte en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de la sanción moratoria que se reconozca con motivo de la disminución del poder adquisitivo, tomando como base la variación del I.P.C., desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.

5. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta que se efectué el pago de la sanción moratoria.

6. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A.

Normas Violadas y Concepto De Violación: El demandante refirió el desconocimiento de las leyes 91 de 1989 en sus artículos 5 y 15, 244 de 1995 artículos 1 y 2 y 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

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. (fls. 5 a 12)

Contestación de la Demanda - El **Ministerio de Educación Nacional** No presentó escrito de contestación de la demanda.

Alegatos conclusivos

Parte demandante: Se ratifica en los fundamentos de hecho, y de derecho expuestos en la demanda, y señala que se presentaron peticiones sobre el pago tardío de cesantias al Ministerio de Educación, por cuanto fueron de manera extemporánea según la Ley 1071 de 2006, y en aplicación de los precedentes jurisprudenciales SUJ 012 de 18 de julio de 2018 y SU 336 de 2017 de la Corte Constitucional y la documental aportada solicita se accedan a las pretensiones de la demanda (Min. 34:25 al 36:05)

Parte demandada: solicita se tenga en cuenta el pronunciamiento del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en sentencias del 18 de julio de 2018 y 18 de mayo de 2017, respectivamente en el sentido que no se puede obligar a una entidad a cumplir inmediatamente el pago de una sentencia o acuerdo conciliatorio sin atender los trámites internos, tales como la disponibilidad presupuestal, por lo cual solicita se abstenga de acceder a las pretensiones de los demandantes como la condena en costas.(Min.37.04 a 37.46)

Audiencia inicial El 28 de febrero de 2019, se llevó a cabo audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, corriéndose traslado a las partes para alegar de conclusión según quedo consignado en el audio y acta de la diligencia (F.76-77).

II. CONSIDERACIONES

Identificación del acto enjuiciado Se pretende la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, producto del silencio administrativo negativo del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, frente a la petición presentada por el actor, el día 01 de noviembre de 2017.

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 retraso en el pago, tal y como lo dispone la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, que cobijan a la demandante en su calidad de servidora pública del régimen especial.

Problema jurídico: 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 parciales reconocidas por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., mediante resolución 3346 del 03 de mayo de 2017, de conformidad con el artículo 5 de la ley 1071 de 2006.

Solución al problema jurídico: De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, la demandante como docente, cargo asimilable a los empleados publicos, 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 como beneficiaria del regimen general en lo no regulado por la Ley 91 de 1989 (sentencias C-741 de 2012, C-486 de 2016, SU-336 de 2017 de la H. Corte Constitucional y SU-012 de 2018 del Consejo de Estado).

Problema juridico 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 parciales reconocidas por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., mediante resolución 4702 del 03 de septiembre de 2015, de conformidad con el artículo 5 de la ley 1071 de 2006.

Hechos probados

.- Que mediante Resolución 4702 de 03 de septiembre de 2015, se le reconoció a la demandante el pago de unas cesantías parciales por un valor de $ 13.448.058 (Fl.25-26)

.- Según certificado del 08 de agosto de 2018, expedida por la Fiduprevisora S.A, el pago de las cesantías parciales quedó a disposición el 29 de enero de 2016 (Fl. 59)

.-Que el 01 de noviembre de 2016, el demandante presentó solicitud de reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 1071 de 2006, ante el Ministerio de Educación (Fl. 20)

.- Se encuentra certificado del salario percibido por el señor Fabián Enrique Godoy del año 2015 (C2. Fl. 360)

ANÁLISIS DEL DESPACHO

La Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados. Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y, los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían las **disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.** En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, conservarían el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial y, a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les

aplicarían un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

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

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

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

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

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

> *"Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de* ***servidores públicos de régimen especial.***
>
> *De esta forma se puede establecer que el legislador creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como la entidad encargada de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes* ***regidos por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional o las que se expidan a futuro con las excepciones consagradas en la ley para los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990.***
>
> *Estando a cargo del fondo de prestaciones sociales del magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías y siendo aplicables a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990 las disposiciones jurídicas de carácter prestacional que se expidieran a futuro para los empleados públicos del orden nacional es viable la aplicación de la sanción moratoria desarrollada por la ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006 porque esta norma fue expedida a favor de todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, incluyendo las entidades que prestan servicios públicos y de educación del orden nacional y territorial en desarrollo del inciso final del artículo 53 de la C.P. en razón a que los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados de manera oportuna".*

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

En palabras de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado "... *el legislador no solo reguló la mora en el pago de las cesantías, sino que además le dio un término a la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las mismas, por ende, debe estudiarse cada caso en concreto, pues si el acto administrativo de reconocimiento se expide dentro del término legal conferido, los 45 días para el pago comienza a contabilizarse desde la firmeza del mismo; no obstante, si la entidad competente para expedir el acto de reconocimiento de las cesantías sobrepasa el término para emitirlo, por culpa de la entidad y no del solicitante, no es procedente inferir que el término de la sanción moratoria empieza a contarse desde la firmeza del acto administrativo expedido tardíamente, toda vez que ello atentaría contra el espíritu de la norma, que es darle un tiempo prudencial a la entidad para que realice el procedimiento interno de reconocimiento y pago de una prestación social que le pertenece al servidor público por el solo hecho de laborar en la entidad."*[3]

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 caracteristicas 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[4] 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.[5]

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*

---

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

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

[3] 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).

[4] Sentencia C-486 de 2016.

[5] 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).

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.[6]

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

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

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

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

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

Finalmente, en reciente pronunciamiento el H. Consejo de estado, mediante Sentencia de Unificación **SU-012 DE 2018**, reiteró que los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

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

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 articulo.

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 cesantias 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

Revisadas las pruebas recaudadas, se observa que la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías se presentó ante la Secretaría de Educación de Bogotá[7] el **día 27 de marzo de 2015**; en consecuencia, para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se causa la mora a partir del **quince -15 de julio de 2015**, partiendo del hecho que 21 de abril de 2015 se cumplieron los 15 días para que la entidad profiriera el acto administrativo que liquidara y reconociera el pago de las cesantías parciales; 10 días más de ejecutoria que finalizan el **06 de mayo de 2015**, de conformidad con el C.P.A.C.A., debiendo quedar en firme el acto en esta fecha; seguidamente, se deben contabilizar 45 días para cancelar la prestación los cuales **se cumplen el catorce(14) de julio de 2015**; por tanto, el día siguiente, es decir, desde el **quince -15- de julio de 2015 hasta el 28 de enero de 2016**, fecha anterior en que se efectuó el pago según certificado de la Fiduprevisora S.A visible a folio 58 del cuaderno principal, es el rango de tiempo dentro del cual se debe contabilizar la sanción moratoria que debe pagar el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así las cosas, existió tardanza en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales de la demandante, pues pese a que la indemnización moratoria solo empieza a computarse a partir del día siguiente a los 70 días hábiles posteriores a la radicación de la petición,[8] la sanción opera por el hecho de que la administración no cumple los términos previstos para el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, que corresponden a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago del auxilio de las cesantías parciales.[9]

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 En lo relativo a la efectividad de dicho reajuste y en lo concerniente a la prescripción trienal, en sentencia del quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018), con Ponencia del H.

---

[7] Según se desprende de la Resolución 4702 de septiembre de 2015, (folios 26).
[8] 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).

[9] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación SU-012 de 2018.

Consejero William Hernández Gómez, la Subsección A –Sección Segunda del Consejo de Estado[10], estableció que:

"Prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales

Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 referida líneas atrás, la sanción moratoria se debe reclamar desde que esta se hace exigible, so pena de que opere la prescripción, al respecto:

« [...] ***Prescripción de los salarios moratorios***
Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación "cesantías".

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, si es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

*"**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."*

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990".

Por tanto, en aplicación al articulo 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 **15 de julio de 2015** y la reclamación se realizó el **01 de noviembre de 2016** (fl.20), ante el Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Como quiera que la demandante tenia hasta el **15 de julio de 2018** para reclamar la sanción moratoria, por tanto, en el presente caso no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción.

[10] En aplicación de la sentencia de Unificación del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) del Consejo De Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda, C.P Luis Rafael Vergara Quintero.

Salario que se debe tener en cuenta para la liquidar la sanción

El salario que se debe tener en cuenta para la liquidar la sanción por mora es el último percibido por la demandante[11], así:

Salario mensual	Salario diario	Fecha de inicio de la mora	Día anterior al Pago	Días en mora	Total sanción por mora
$1.960.718[12]	65.357[13]	15/07/2015	28/01/2018	193[14]	$12.613.952[15]

Conforme la liquidación realizada anteriormente, se tiene que el valor que debe pagar la entidad demandada por sanción mora por pago tardio de las cesantías parciales de la accionante, es de **$12.613.952.**

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero Ahora bien, en torno a la solicitud de indexación, este Despacho acoge el criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, en la cual examinó la exequibilidad del parágrafo transitorio del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, conforme al cual no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella[16]. Por tal razón este Despacho no accederá a la pretensión de indexación solicitada, siendo ésta la línea adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado:

> *"[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996[17], la jurisprudencia del Consejo de Estado [18]ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo*

---

[11] La Sentencia T-248 de 2008 menciona *la sentencia del 10 de noviembre de 1982, dictada dentro del expediente No. 3524, en donde actuo como ponente el doctor Álvaro Orejuela Gómez, la cual fue reiterada en fallos del 12 de septiembre de 1996, expediente No. 9171, Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro y del 20 de noviembre de 1998, expediente No. 13310, la Sección Segunda sostuvo; "(...)*Para nadie es desconocido que al servidor público, se le señala una remuneración mensual única, tomando el mes como de treinta días, independiente de que éste tenga 28 o 31. En el mismo sentido, en el campo privado, el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo contempla de manera enfática que "El salario en dinero debe pagarse por periodos iguales y vencidos, en moneda legal." Así, **si para el salario mensual se toma en cuenta el mes de 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses que componen un año equivale a 360 días al año, es lógico, indiscutible y correcto, que la misma regla deba aplicarse para las cotizaciones obligatorias de los distintos regímenes (...)".**

[12] Salario recibido en el año 2015, según certificación obrante a folio 360 del Cuaderno de antecedentes administrativos.
[13] Resultado de $1.960.718/30 dias
[14] Dias comprendidos entre el 15/07/2015 hasta el 28/01/2016, de 30 dias del mes.
[15] Resultado de: 65.357*193
[16] Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996 *"(...) [L]a sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. (...)".*
[17] Mediante la cual la Corte declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3.º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: "Así, el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...) En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella" (Resaltado no es del texto original).
[18] Por mencionar una de tantas, se puede consultar la sentencia del 31 de enero del 2008 de la Sección Segunda, Subsección A, radicado interno 7749-05, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que "la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995[19] [...]"

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.[20]

Aunado a lo anterior, es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.[21]

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

Costas El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *"Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".*

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *"Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....".*

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso[22], la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: "*La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365 Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que*

[19] Sentencia del 5 de agosto de 2010 de la Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 1521- 2010, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.
[20] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A" Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 Número Interno: 1520-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Fabio Ernesto Rodriguez Díaz Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
[21] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación SU-012 de 2018.

[22] Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.". (Subrayas para resaltar)

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado[23] ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

> *"Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.*
> *Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil*
> *Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley"*
> *Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>> [24]"*

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado el valor de las agencias en derecho .

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

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA EXISTENCIA del acto ficto o presunto configurado el **01 de febrero de 2017**, frente a la petición presentada el dia 01 de noviembre de 2016, al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD del acto ficto o presunto configurado el 01 de febrero de 2017, frente a la petición presentada el día 01 de noviembre de 2016, conforme con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, **a pagar**, en favor del señor **FABIAN ENRIQUE GALINDO GODOY**, a título de sanción moratoria, el equivalente a un día de salario por cada día de mora comprendido entre el **15 de julio de 2015 hasta el 28 de enero de 2016, inclusive, 193** días de mora, es asi, que el valor a pagar por sanción mora en el pago tardío de

---

[23] Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016). SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramirez Ramirez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.
[24] Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

las cesantias parciales del demandante es la suma de **$12.613.952 pesos,** teniendo en cuenta los lineamientos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

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

SEXTO. SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

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

OCTAVO: Contra esta decisión procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA con consonancia en el inciso 4 del artículo 192 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

AP