



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Sección Segunda
Carrera 57 N° 43-91, CAN. Edificio Aydeé Anzola Linares, Piso 4°
Correo electrónico: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Micrositio: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-16-administrativo-de-bogota>

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Acción:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	DAMARIS EDITH MONTAÑEZ LADINO
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Vinculados:	SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Radicación:	11001-33-35-016-2019-00462-00
Asunto:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
Tema:	Sanción moratoria docente oficial

1. ASUNTO PARA DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia anticipada que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179, modificado por el artículo 39 de la Ley 2080 de 2021, artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021 y conforme la siguiente motivación,

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones¹. La señora **DAMARIS EDITH MONTAÑEZ LADINO**, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dirigido contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó demanda dentro de la cual solicita la nulidad del acto ficto o presunto configurado el **5 de diciembre de 2018**, frente a la petición radicada el **5 de septiembre de 2018** con relación al reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía parcial, establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006.

Asimismo, declarar que la demandante tiene derecho a que la Nación, Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague la sanción por mora, establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006.

Que se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso tal como lo dispone el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de la indexación de la suma solicitada desde la fecha de pago de las cesantías y hasta la fecha de pago efectivo de la sanción moratoria.

Condenar a la demandante a reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adecuadas, conforme a lo establecido en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

¹ Folios 2 y 3 del archivo 1 del expediente digital.

Finalmente, condenar en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y Código General del Proceso.

2.2. Hechos². De los hechos expuestos en la demanda se desprende lo siguiente:

- a. Indicó que, mediante solicitud del **20 de noviembre de 2017**, solicitó a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías parciales a las cuales tenía derecho.
- b. Señaló que por medio de la **Resolución número 1609 del 9 de febrero de 2018**, le fue reconocida la cesantía solicitada y que la misma le fue cancelada el **29 de mayo de 2018** por intermedio de la entidad bancaria.
- c. Con fecha **5 de septiembre de 2018**, radicó ante la entidad demanda derecho de petición tendiente a obtener el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.
- d. Afirma que, habiendo transcurrido el tiempo otorgado por la ley para resolver la petición, la entidad guardó silencio, entendiendo que esta resolvió negativamente en forma ficta a las pretensiones invocadas, en consideración a que transcurrieron más de 3 meses desde presentada la petición.

2.3. Normas violadas y concepto de violación³: Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes: Ley 91 de 1989, Ley 244 de 1995, Ley 1071 de 2006.

En su **concepto de violación**, sostuvo que, el pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, siempre han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, demorándose en algunos eventos hasta 4 o 5 años, contrario al pago de las cesantías de los demás servidores del estado, que al momento de solicitar sus cesantías, estas están siendo canceladas a más tardar dentro de los 30 días siguientes a su solicitud, por tratarse de emolumentos salariales que retiene el patrono, pero que son del empleado, para cuando este quede cesante en su actividad.

Añade que, en virtud de lo anterior, fueron expedidas de manera progresiva la ley 244 de 1995 y la ley 1071 de 2006, mediante las cuales se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableciendo un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, de los 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor, después de expedido el acto administrativo de reconocimiento.

Sostiene que a pesar de que la jurisprudencia ha establecido que la disposición normativa ha de entenderse que el reconocimiento y pago no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el Fondo Prestacional del Magisterio cancela por fuera de los términos establecidos en la ley la cesantía, lo que genera una sanción para la entidad, equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 65 días después de haber radicado la solicitud, hasta cuando se efectuó el pago de tal prestación.

2.4. Actuación procesal: La demanda se presentó el **12 de noviembre de 2019⁴** y mediante auto del **10 de julio de 2020⁵** se admitió la demanda de la referencia

² Folios 3, 4 y 5 del archivo 1 del expediente digital.

³ Folios 5 – 14 del archivo 1 del expediente digital.

⁴ Archivo 2 del expediente digital.

⁵ Archivo 5 del expediente digital.

por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, el **28 de abril de 2022** fue notificada mediante correo electrónico las entidades demandadas, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁶.

En el término de traslado de la demanda, la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Fiduciaria la Previsora S.A., y la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá D.C., contestaron la demanda e interpusieron excepciones previas⁷, las cuales fueron resueltas a través de auto del 9 de noviembre de 2022⁸.

Como consecuencia de lo anterior, a través de **auto del 14 de diciembre de 2022**⁹, el Juzgado, en atención a lo dispuesto en la parte final del artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 182 de la Ley 1437 de 2011, dispuso correr traslado para alegar a las partes por el término de 10 días, a efectos de dictar sentencia anticipada y al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se les concedió el mismo término para que presentaran concepto e intervención si lo estimaban pertinente.

2.5. Sinopsis de las respuestas.

2.5.1. Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y Fiduciaria la Previsora S.A.¹⁰ En su escrito de contestación se opusieron a todas y cada una de las pretensiones de demanda, indicando que la Ley 91 de 1989 por el cual se crea al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la nación con independencia patrimonial, contable y estadística sin personería jurídica con la finalidad de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, efectuando el pago de dichas prestaciones, que corresponden al personal afiliado y garantizado la prestación de los servicios médico-asistenciales, entre otros aspectos.

2.5.2. Secretaría de Educación Distrital de Bogotá D.C. Habiéndose notificado del auto que traslada para alegar, decidió no pronunciarse.

2.6. Alegatos de conclusión.

2.6.1 Alegatos de la parte demandante¹¹. Presentó sus alegatos de conclusión por escrito, mediante memorial allegado al correo electrónico del Despacho, el cual se encuentra incorporado al expediente digital, en donde insiste en que se concedan sus pretensiones.

Afirma que, dentro del caso concreto y teniendo en cuenta las pruebas que obran dentro del expediente, resulta posible la aplicación en el caso concreto de la Ley 1071 de 2006, es decir, el pago de la sanción mora por pago tardío de cesantías.

2.6.2. Alegatos de la Nación – Ministerio de Educación Nacional y de la Fiduciaria la Previsora S.A.¹² En sus escritos de alegatos se opusieron a todas y cada una de las pretensiones de demanda, reiterando que; para el reconocimiento de cesantías, y con el fin de observar el término de quince días previsto en la Ley 1071 de 2006, la entidad territorial tiene cinco días para expedirlo y aprobarlo u objetarlo, y la entidad territorial tiene otros cinco días para expedir el acto administrativo.

⁶ Archivo 6 del expediente digital.

⁷ Archivo 11 y 13 del expediente digital.

⁸ Archivo 16 ibidem.

⁹ Archivo 20 ibidem.

¹⁰ Archivo 13 ibidem.

¹¹ Archivo 23 del expediente digital.

¹² Archivo 22 ibidem.

Añade que, de acuerdo con lo anterior pueden surgir varias situaciones por las cuales la mora resulta inimputable al Ministerio de Educación Nacional, pues puede generarse en las siguientes circunstancias: i) en la expedición del acto administrativo, fruto de una demora de la entidad territorial en enviar el proyecto de acto administrativo o en expedirlo luego de recibida la aprobación por parte de la sociedad fiduciaria, ii) una vez expedido el acto administrativo, por demoras en la notificación del mismo, o iii) una vez expedido y notificado el acto administrativo, por demoras por causas de falta de disponibilidad presupuestal.

2.7. Concepto del Ministerio Público¹³. El Agente del Ministerio Público, Procurador 192 Judicial I Administrativo dentro del término de ley rindió concepto en el que indico que, ya han transcurrido 87 días de mora por lo que sin lugar a dudas debe accederse a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del acto que se impugna y que negó el reconocimiento de la mora y a título de restablecimiento del derecho ordenando el pago de la sanción mora.

3. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2° y 156 numeral 2° de la Ley 1437 de 2011, este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

3.1. Problema Jurídico¹⁴. Consiste en determinar si hay lugar a declarar la nulidad del acto ficto o presunto configurado el **5 de diciembre de 2018**, como consecuencia de la no respuesta a la petición de fecha **5 de septiembre de 2018**, por medio de la cual la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006.

Resuelto lo anterior, corresponde al juzgado establecer si la parte demandante tiene derecho a que se le reconozca la sanción por mora por el pago tardío de sus cesantías parciales establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (01) día de salario por cada día de retardo hasta cuando se hizo el pago.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: **i)** Marco legal de la sanción moratoria causada por el retardo en el pago de las cesantías definitivas; **ii)** Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la sanción moratoria de la Ley 1071 de 2006; y, **iii)** análisis del caso concreto.

4. Normatividad aplicable al caso.

4.1. Marco legal de la sanción moratoria causada por el retardo en el pago de las cesantías parciales y definitivas de los docentes oficiales. La Ley 244 del 29 de diciembre de 1995¹⁵ señala el procedimiento para la liquidación y pago de las cesantías parciales y/o definitivas de todos los servidores públicos, y en el parágrafo del artículo 2¹⁶ regula la sanción moratoria causada por el incumplimiento de la entidad pública empleadora consistente en un día de salario por cada día de retardo hasta el pago efectivo de las mismas.

¹³ Archivo 21 del expediente digital.

¹⁴ **Ver fijación del litigio en el archivo 20 del expediente digital.**

¹⁵ Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.

¹⁶ “Parágrafo. - En caso de mora en el pago de las cesantías 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 éste”.

La referida Ley 244 de 1995 fue adicionada y modificada por la Ley 1071 del 31 de julio de 2006, indicando en el artículo 1º que el objeto de la Ley es “reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación”, igualmente en los artículos 4¹⁷ y 5¹⁸, fijó el término para la expedición de la resolución que reconoce las cesantías y la procedencia de la sanción moratoria.

4.2. Indemnización moratoria, por el no pago oportuno de cesantías parciales, establecida en la Ley 1071 de 2006. Aplicabilidad a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El legislador ha dispuesto para el caso de las cesantías liquidadas bajo el régimen retroactivo, un procedimiento dirigido a que el servidor público obtenga el reconocimiento y pago de sus cesantías. Estas cesantías, pueden ser liquidadas de manera definitiva, al momento de finalizar la vinculación laboral del servidor público o puede ser parcial, referida a que son susceptibles de retiro, en vigencia de la relación laboral, siempre que se demuestren las causas legales para ello, como son, que estén dirigidas a la consecución o mejora de vivienda y a costear erogaciones provenientes de la educación.

Para el caso de retiro parcial de cesantías, el constituyente derivado expidió la Ley 1071 de 2006¹⁹, cuyo objeto quedó plasmado en el artículo 1º²⁰.

La normativa reseñada, encuentra su esencia en el procedimiento que debe seguirse, para la consecución del pago de las cesantías parciales, así como su oportuna cancelación, dentro de los términos taxativamente previstos, so pena que empleador o aquella que tenga a cargo la administración de las cesantías, incurran en sanciones de tipo pecuniario.

Bajo estos supuestos la Corte Constitucional en la sentencia **SU-336 de 2017**²¹ concluyó que, en atención a la naturaleza de la labor desempeñada por los docentes, éstos deben ser tratados como empleados públicos beneficiarios de la Ley 1071 de 2006, la cual cobija a todos los funcionarios y servidores de las ramas del poder público. En

17 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.

18 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”

19 Por medio de la cual “se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

20 “reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación”, aplicable a “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”²⁰.

21 M. P. Iván Humberto Escrucera Mayolo

este sentido, la Corte precisó que los docentes tienen derecho al pago de la referida sanción moratoria, por las siguientes razones:

- i. “El pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, y desarrolla la finalidad constitucional por la cual fue establecida esa prestación social bajo el principio de integralidad. De igual forma, se acompasa con lo establecido en los diferentes tratados internacionales sobre la materia ratificados por Colombia.
- ii. En la exposición de motivos de la iniciativa legislativa de la Ley 1071 de 2006 se señaló que su ámbito de aplicación cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, así como a las entidades que prestan servicios públicos y de educación, es decir, involucra a todo el aparato del Estado no solo a nivel nacional sino territorial.
- iii. Al igual que los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se les reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, por lo que proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a la igualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las cesantías.
- iv. Existen importantes semejanzas entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, a saber: pertenecen a la rama ejecutiva, cumplen dentro de ella una tarea típicamente misional respecto de la función que compete a las secretarías de educación de las entidades territoriales y, en su momento, al Ministerio de Educación Nacional, se encuentran sujetos a un régimen de carrera y su vinculación se produce por efecto de un nombramiento.
- v. En tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies de servidores públicos, han de ser considerados como empleados públicos.
- vi. El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

A su turno, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018²², zanjó el tema acerca de si se le debe aplicar la Ley 1071 de 2006 (que modificó la Ley 244 de 1995) a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, regidos por la Ley 91 de 1989, debido a que dicha Corporación tenía posturas diferentes sobre el derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria por el retardo en la cancelación de las cesantías parciales o definitivas.

Por ello, con el propósito de unificar jurisprudencia, la Colegiatura expresó que los docentes por razón de la naturaleza del servicio que prestan; la regulación del servicio docente; su ubicación en la Rama Ejecutiva del Estado; y, la implementación de la carrera docente, que comprende el ingreso, ascenso y retiro del servicio hacen parte de la categoría de empleados públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política y con base en ello estableció la siguiente regla jurisprudencial:

«[...] 3.5.1 **Unificar jurisprudencia en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.**

22 Sentencia de unificación por Importancia jurídica. SUJ-012-S2, 18 de julio de 2018, Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01, No. Interno: 4961-2015, Dte.: Jorge Luis Ospina Cardona, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandados: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima.

3.5.2 Sentar jurisprudencia precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley⁵ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 Sentar jurisprudencia señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 Sentar jurisprudencia, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A.» (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

Sobre la causación de esa erogación indemnizatoria, el Consejo de Estado en el seno de su Sala Plena, sentó las bases para tal fin en los siguientes términos²³:

“95. En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán **15** días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006²⁴), **10** del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011²⁵) [5

23 Sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018, radicación No. 73001-23-33-000-2014-00580-01, No. Interno: 4961-2015.

24 «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación. [...]

Artículo 4. 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.»

25 «ARTÍCULO 76. oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez. [...] ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme:

días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51²⁶], y **45** días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los **70 días hábiles** discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006²⁷. (Negrita fuera de texto).

Sobre tal forma de contabilización de la mora por el pago tardío de las cesantías, la alta Corporación, explicó distintas situaciones que se presentan en el reconocimiento de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de la señalada prestación social. En tal sentido, dijo que lo explicado respecto de las normas previstas en el CPACA se podía evidenciar en el siguiente cuadro:

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)	Aplica, pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal 28	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
5. Desde el día siguiente

26 «Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo. [...]

Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme. [...]

27«Artículo 5°. 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.»

De acuerdo con la jurisprudencia anotada, este Despacho acoge la forma de contabilizar la sanción moratoria establecida en dicha Sentencia de unificación proferida por nuestro órgano de cierre en lo Contencioso Administrativo.

En ese orden y de conformidad con el anterior pronunciamiento, se evidencia que el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas y parciales, está sujeto a un término perentorio y obligatorio, cuyo incumplimiento o falta de pronunciamiento, constituye una sanción y/o indemnización a favor del empleado, que la misma ley conmina a que cancele el empleador o el fondo encargado de la administración de las cesantías, por lo tanto, se colige que el hecho generador de la sanción pecuniaria, surge a partir de la morosidad en el reconocimiento y pago del auxilio en comento.

Bajo el anterior panorama, se estima que la sanción y/o indemnización moratoria, se concibe como un castigo de origen legal, contra la administración morosa en el pago de las cesantías, tardanza que no está en la obligación de soportar el trabajador o extrabajador, por consiguiente, ese recargo pecuniario constriñe al empleador, para que efectúe el pago en las oportunidades legalmente establecidas.

Como quedó visto, la sanción y/o indemnización moratoria, se causa cuando vencen los 70 / 65 días hábiles siguientes, a la radicación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías, sean definitivas o parciales, indistintamente de que hubiese pronunciamiento posterior al vencimiento del plazo otorgado y finaliza su causación, cuando se produzca el efectivo pago al servidor o exservidor, según sea el tipo de cesantías retiradas.

5. Caso concreto. Se encuentra debidamente acreditado dentro del proceso lo siguiente:

1.- Que mediante **Resolución número 1069 del 9 de febrero de 2018**, proferida por la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá D.C. en nombre y representación de la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud de la solicitud radicada el **20 de noviembre de 2017** con radicado **2017-CES-503930**, le reconoció y ordenó el pago a la señora **DAMARIS EDITH MONTAÑEZ LADINO** de las cesantías parciales que le corresponden por los servicios prestados como docente²⁸.

2.- A través de petición de fecha **5 de septiembre de 2018** con radicado **E-2018-136060**, dirigida a la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de sus cesantías parciales, con base en lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006; sin embargo, la petición no fue contestada por la entidad demandada²⁹.

3.- El mencionado retiro de las cesantías parciales, fue debidamente cancelado al actor, el **29 de mayo de 2018**, conforme lo señala el certificado expedido por la fiduciaria la Previsora S.A.³⁰

Acreditados los anteriores supuestos y atendiendo a la regla jurisprudencial fijada en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, se evidencia, que la resolución proferida por la demandada en respuesta a la petición de cesantías presentada fue expedida por fuera del término legal (15 días).

En tal sentido, **en este asunto, se deberá tener en cuenta la regla jurisprudencial fijada en la sentencia de unificación del 18 de julio de**

²⁸ Folios 25 – 27 del archivo 1 del expediente digital.

²⁹ Folios 21 – 22 del archivo 1 del expediente digital.

³⁰ Folio 3 del archivo 4 del expediente digital.

2018, relativa a la expedición del acto administrativo por fuera del término de los 15 días, es decir, que la sanción por mora corre **70 días hábiles** después de radicada la solicitud de reconocimiento (**15 días** para expedir la resolución, **10 días** de ejecutoria del acto – artículos 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011- y **45 días** para efectuar el pago).

Así, para el caso de la parte accionante se tiene que la contabilización del término para cancelar las cesantías parciales inició el día hábil siguiente a la radicación de la solicitud, es decir, a partir del **21 de noviembre de 2017** y feneció el **2 de marzo de 2018**.

No obstante, se sabe en el proceso, que las cesantías parciales fueron canceladas el **29 de mayo de 2018**, que sin hacer mayores esfuerzos, se infiere que el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, canceló extemporáneamente la erogación social mencionada, en consecuencia, se configuró la penalidad pecuniaria en contra del mencionado Ministerio, establecida en el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, que corresponde a un día de salario por cada día de retardo.

Se puede apreciar, que el retardo en el pago de las cesantías parciales estriba en **87 días calendario**, contados a partir del día siguiente al plazo máximo para su cancelación, esto es, **3 de marzo de 2018**, hasta el día anterior a su efectivo pago, **28 de mayo de 2018**.

Ahora bien, para establecer el monto de la sanción moratoria, se debe tomar el salario base devengado por el demandante en el reconocimiento del retiro parcial de las cesantías; posteriormente, dividirlo entre 30, en aras de determinar el día de salario como docente, multiplicando su resultado por **87**, que corresponde a los días en mora.

De acuerdo a lo expuesto en líneas anteriores se observa que en el caso bajo examen no ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción toda vez, que del acervo probatorio que obra en el expediente se observa que la obligación se hizo exigible el, **3 de marzo de 2018**, día en el cual empezó a correr la mora para la entidad demandada; es decir, desde ese día la demandante contaba con 3 años para hacer exigible su derecho antes que operara el fenómeno prescriptivo; sin embargo, la parte actora presentó la petición el **5 de septiembre de 2018**, posteriormente solicitud de convocatoria ante Procuraduría el **11 de junio de 2019** la cual según constancia fue declarada fallida el **27 de septiembre de 2019**. Y finalmente interpuso demanda el **12 de noviembre de 2019**, es decir, dentro del término legal.

En ese orden de ideas, se tiene que la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, deberá cancelar a la señora **DAMARIS EDITH MONTAÑEZ LADINO** la respectiva indemnización y/o sanción moratoria; sin prescripción, toda vez, que la demandante la reclamó dentro de los tres años siguientes a los cuales se hizo exigible la sanción moratoria, es decir, desde el **3 de marzo de 2018**.

De otra parte, el Despacho no accede a la indexación de la sanción moratoria, de conformidad con el precedente del Consejo de Estado³¹, según el cual “... a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de la cesantía al

31 Consejo de Estado- Sección Segunda- C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila- Rad: 08001-23-31-000-2008-00394-01 (1521-09) sentencia del 5 de agosto de 2010.

momento del retiro del servicio. Es decir, que la segunda de las sanciones será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho. La indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de las 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 (...)” (Subraya el Juzgado y negrillas del Despacho).

Adicionalmente el Consejo de Estado³² se pronunció recientemente al resolver el mismo problema jurídico frente a reajustar los valores con el IPC y resolvió negativamente en razón a que la indemnización moratoria es una sanción muy rigurosa y elevada al reajuste monetario así que no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas pues se entiende que la sanción moratoria cubre una suma más elevada a la actualización monetaria.

En síntesis, el Despacho resalta:

De acuerdo con lo expuesto, la señora **DAMARIS EDITH MONTAÑEZ LADINO** tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, le reconozca y pague la sanción moratoria, en los términos de los artículos 1º y 2º de la Ley 244 de 1995 modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006, desde el **3 de marzo de 2018** hasta el **28 de mayo de 2018**, sin prescripción, toda vez que no transcurrieron más de 3 años (Art. 41 Decreto 3135 de 1968) desde el momento en que se hizo exigible la mora (3 de mayo de 2018), la fecha de la petición del reconocimiento de la sanción moratoria (5 de septiembre de 2018) y la presentación de la demanda (12 de noviembre de 2019). En ese orden de ideas, la sanción moratoria equivale a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías y hasta cuando se hizo efectivo el pago, esto es, del **3 de marzo de 2018** hasta el **28 de mayo de 2018**, para un total de **87** días de mora. Para tal efecto se tendrá en cuenta la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, como se hizo, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demandante deben prosperar en la forma indicada.

En consecuencia, se declarará la existencia y nulidad del acto administrativo ficto acusado y se accederá a las súplicas de la demanda en la forma expuesta, pues la parte actora a través de las pruebas logró demostrar el cargo formulado de violación de la constitución y la ley, en cuanto que el mencionado acto fue expedido con desconocimiento de las normas superiores invocadas y con falsa motivación, desvirtuando así la presunción de legalidad que lo amparaba.

Finalmente, es necesario pronunciarse sobre la excepción perentoria nominada **falta de legitimación en la causa por pasiva** propuesta por la Secretaría de Educación de Bogotá.

32 Consejo de Estado 16 de noviembre de 2016, C.P. William Hernández Gómez. Radicado No. 66001-23-33-000-2013-00190-01, Demandante Fabio Ernesto Rodríguez Díaz.

Pues bien, para resolver dicha excepción basta con traer apartes de lo dictado por el Consejo de Estado³³, **en donde precisa cual es la entidad encargada de cumplir con la obligación en esta clase de procesos en los que se persigue la cancelación de la sanción mora por el pago tardío de cesantías:**

“(…) Cabe anotar que el cumplimiento de la condena impuesta en la providencia apelada está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que paga las Prestaciones Sociales que son reconocidas por la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, y es el ente encargado del reconocimiento y cancelación de las cesantías de los docentes afiliados. En consecuencia, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del ente territorial, pues resulta claro que no es el obligado legalmente a satisfacer lo dispuesto en este fallo, comoquiera que no funge como ordenador del gasto de los recursos del Fomag.” (negrita y subrayado fuera del texto original)

De acuerdo con lo anterior, se puede inferir que: (i) **el pago de la sanción mora generada por el pago tardío de la cesantía está a cargo únicamente del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag)**, y (ii) **La Secretaría de Educación y/o Entidad Territorial no tiene legitimación en la causa por pasiva en esta clase de procesos**, pues no es la ordenadora del gasto de los recursos del FOMAG.

7. De las costas. Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018³⁴, tenemos que:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a un “objetivo valorativo” –CPACA-

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según la parte vencida sea el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura)

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas

f) La liquidación de las costas (incluidas agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”

³³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de julio de 2021, radicado 05001-23-33-000-2016-01673-01- (1606-19).

³⁴ Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

En consecuencia y de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia transcrita, encuentra este Despacho que no se observó ninguna actitud temeraria por parte del extremo pasivo, aunado a que las actuaciones adelantadas por la entidad demandada son las que normalmente se esperan al interior de un proceso.

Por ello y en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia y en aplicación del criterio valorativo ya enunciado, se abstendrá de condenar en costas a las entidades demandadas conforme las previsiones del artículo 365 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. – SECCIÓN SEGUNDA** -, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la existencia del silencio administrativo negativo y por ende del Acto Administrativo ficto o presunto, originado en la falta de respuesta expresa a la petición que elevó la señora **DAMARIS EDITH MONTAÑEZ LADINO** ante la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, el **5 de septiembre de 2018** radicado **E-2018-136060**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a que reconozca y pague a la señora **DAMARIS EDITH MONTAÑEZ LADINO**, identificada con la cédula de ciudadanía número 52.374.926, la sanción moratoria prevista en el artículo 2º de la Ley 244 de 1995 modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006, esto es, un (1) día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías, por el periodo comprendido entre el **3 de marzo de 2018** hasta el **28 de mayo de 2018**, es decir, por el total de **87 días**. Para tal efecto se tendrá en cuenta la asignación básica vigente del demandante al momento de la causación de la mora, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción denominada **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA** de la **Secretaría de Educación de Bogotá**, de conformidad con las consideraciones que anteceden.

CUARTO: ABSTENERSE de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, por las razones indicadas en esta providencia.

QUINTO: Las entidades darán cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin necesidad de mandato judicial.

SEXTO: 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 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la parte demandante copia íntegra y auténtica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos del numeral 2, del artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

SÉPTIMO: Se **REQUIERE** a la entidad condenada que una vez se encuentre en firme esta providencia al momento de cumplir la sentencia y hacer el respectivo pago se le consigne directamente a la cuenta del demandante y **no se realice dicho pago** a través de depósito judicial en la cuenta del juzgado.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley, **ARCHÍVESE** el expediente.

Notifíquese la anterior decisión a los correos electrónicos:
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co; notjudicial@fiduprevisora.com.co;
procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co;
notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co;
notificacionesbogota@giraldoabogados.com;
t_lreyes@fiduprevisora.com.co; chepelin@hotmail.fr

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**BLANCA LILIANA POVEDA CABEZAS
JUEZ**

JPP

Firmado Por:
Blanca Liliana Poveda Cabezas
Juez
Juzgado Administrativo
016
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2e7cb9a73bf2f4d7631a13f7181f0b5726d70358533b0872ed3e7c8df818d9c7**

Documento generado en 31/01/2023 09:50:53 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>