



**JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Sede de Despachos Judiciales CAN, piso 4°

Correo: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, diciembre dieciocho (18) de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2018-0257-00
Demandante:	MARÍA NELCY CUCAITA CÁRDENAS
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Tema: Sanción Moratoria

1. ASUNTO A DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la siguiente sentencia que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación:

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones¹: La señora MARÍA NELCY CUCAITA CÁRDENAS 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 20 de febrero de 2018 respecto a la petición radicada el 20 de noviembre de 2017 con relación al reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de las cesantías,

¹ Fls. 16-17

toda vez que la misma no fue contestada por parte de la entidad demanda Ministerio de Educación Nacional – Fonpremag.

También pretende como consecuencia de lo anterior, que se declare 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, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados a partir de los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demanda y hasta cuando se hizo efectivo el pago de esta.

En los mismos términos, 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 del C.P.A.C.A. y condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar como motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor (IPC), desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

2.2. Hechos: Tal como quedaron expuestos al momento de la fijación del litigio los hechos son los siguientes:

1.- La señora María Nelcy Cucaita Cárdenas como docente al servicio educativo del Estado, el día 27 de marzo de 2015, solicitó a la Secretaría de Educación de Bogotá, el reconocimiento y pago de las cesantías parciales para reparaciones locativas a que tenía derecho.

2.- La entidad demandada en cumplimiento a lo ordenado en el parágrafo 21 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, mediante Resolución No. 3472 del 22 de julio de 2015 reconoció las cesantías parciales solicitadas.

3.- Las cesantías fueron puestas a disposición de la entidad bancaria el 22 de julio de 2015.

4.- Con fecha 20 de noviembre de 2017, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de las cesantías a FONPREMAG y esta resolvió que no es competente para solventar la solicitud incoada, remitiendo la solicitud a la Fiduciaria la Previsora, quien respondió negativamente de forma ficta las pretensiones.

5.- Señaló la actora que desde que radicó la solicitud de reconocimiento y pago de sus cesantías, y hasta la fecha en que se expidió la resolución que reconoce las cesantías transcurrieron 115 días, configurándose una mora de 91 días. También, que desde que interpuso la solicitud de reconocimiento y hasta que se efectuó el pago transcurrieron 244 días, configurándose en total mora en el pago de 197 días.

2.3. Normas violadas y concepto de violación: Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes: Constitución Política arts. 2, 13, 16, 25, 29, 48, 53, 58 y 228, Decreto 2777 de 1979, Ley 91 de 1989, Ley 4 de 1992, Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006,

En su **concepto de violación**, manifestó que el derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a favor de la hoy accionante, constituye un bien jurídico desprotegido por la entidad accionada. De la misma manera describe los motivos por los cuales considera vulnerados los artículos de la Constitución Política que enuncia. También menciona que la entidad vulnera los principios del derecho laboral citados por la Corte Constitucional en Sentencia C-862 de 2006, habiendo cumpliendo los requisitos legales para acceder al reconocimiento de la sanción por mora.

Concretamente señala respecto de las causales de nulidad de los actos acusados, que los mismos incurren en la violación directa del ordenamiento jurídico enunciado por falsa interpretación de las normas jurídicas y por su aplicación indebida. También alega que los actos acusados adolecen de falsa motivación por inexistencia de la misma ya que la administración no cuenta con argumentos jurídicos válidos para apartarse del cumplimiento de lo establecido por la normatividad aludida.

Para fortalecer la razón de su dicho trajo a colación varios pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo Superior de la Judicatura y del Consejo de Estado sobre la materia.

2.4. Actuación procesal: Tal como se expresó en la etapa de saneamiento del proceso la demanda se presentó el 29 de junio de 2018 tal como se puede constatar a folio 33 del expediente y a través de providencia de 12 de julio de 2018 (fl. 35), se admitió la demanda de la referencia por encontrar configurados los requisitos para su procedencia, siendo notificada al día siguiente² mediante correo electrónico la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

2.5. SINOPSIS DE LA CONTESTACIÓN

2.5.1 La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales. mediante memorial radicado el 27 de

² Fl.36

febrero de 2019³ presentó contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, pronunciándose respecto a los hechos invocados y formulando las excepciones de falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación con fundamento en la ley y prescripción.

Una vez vencido el término para la contestación de la demanda, a través de auto de fecha 18 de octubre de 2019⁴, el Juzgado fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial el día 7 de noviembre de 2019.

En aquella ocasión⁵ se surtieron todas y cada una de las etapas contempladas en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 hasta sentido del fallo, en la cual, el Despacho señaló que teniendo en cuenta la pauta jurisprudencial del Consejo de Estado se accedería a las pretensiones de la demandada.

2.6. Alegatos de conclusión

2.6.1 La parte demandante: Presentó sus alegatos en audiencia inicial, los cuales quedaron consignados en el CD que figura a folio 157 dentro del expediente, indicando que se ratificaba en todos los hechos y pretensiones de la demanda. Así mismo solicitó se accedieran a las pretensiones incoadas en el libelo de la demanda.

2.6.2 La parte demandada: Presentó sus alegatos en audiencia inicial los cuales quedaron consignados en el audio que reposa en el CD visto a folio 157 del expediente.

3. CONSIDERACIONES

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

3.1. Problema Jurídico a resolver es el planteado en la fijación del litigio, el cual consiste en determinar:

En primer lugar si hay lugar a declarar la nulidad del acto ficto o presunto como consecuencia de la no respuesta a la petición de fecha 20 de noviembre de 2017 con radicado E-2017-199813, por medio de la cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales reconocidas a través de la Resolución No. 3472 de 22 de julio de 2015.

³ Fl.69-71

⁴ Fl. 151

⁵ Fl. 152-157

Resuelto lo anterior, corresponde al juzgado establecer si la señora MARÍA NELCY CUCAITA CÁRDENAS tiene derecho a que se le reconozca la sanción por mora por el pago tardío de sus cesantías parciales instituidas en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de las cesantías ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo 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; **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 definitivas. La Ley 244 del 29 de diciembre de 1995⁶ 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 2 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, así:

“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 4 y 5, fijó el término para la expedición de la resolución que reconoce las cesantías y la procedencia de la sanción moratoria así:

“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.

⁶ 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.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 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.

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”.

4.2. Indemnización moratoria, por el no pago oportuno de cesantías parciales, establecida en la Ley 1071 de 2006. Aplicabilidad a los docentes.

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 2006⁷, cuyo objeto quedó plasmado en el artículo 1° y fue *“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”*⁸.

⁷ 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.

⁸ Artículo 2° ibídem.

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**⁹ 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 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”.

⁹ M. P. Iván Humberto Escrucería Mayolo

A su turno, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018¹⁰, 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.**

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

¹⁰ 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.

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 CPACA”. » (Negritas 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 términos¹¹:

“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. 1071/2006¹²), **10** del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011¹³) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51¹⁴], 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 2006¹⁵. (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

¹¹ Sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018, radicación No. 73001-23-33-000-2014-00580-01, No. Interno: 4961-2015.

¹² «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.»

¹³ «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:

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

¹⁴ «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. [...]»

¹⁵«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.»

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 EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino 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

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 ex trabajador, 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 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 ex servidor, según sea el tipo de cesantías retiradas.

4.3. CASO CONCRETO: En el presente asunto, pretende la parte actora que se declare la nulidad del acto ficto o presunto como consecuencia de la no respuesta a la petición de fecha 20 de noviembre de 2019 con Radicado No. E-2017-199813, por medio de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales reconocidas a través de la Resolución No. 3472 de 22 de julio de 2015.

A título de Restablecimiento del derecho solicitó al Despacho le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma, así como el reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y los ajustes de valor a que haya lugar, tomando como base la variación del I.P.C.

Pues bien, se encuentra debidamente acreditado dentro del proceso lo siguiente:

1.- Que mediante Resolución No. **3472 de 22 de julio de 2015**¹⁶ proferida por la Secretaria de Educación del Distrito de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con ocasión de la solicitud radicada con serial 2015-CES-007347 se reconoció y ordenó a favor de la señora MARÍA NELCY CUCAITA CÁRDENAS el pago de una cesantía parcial para reparaciones locativas que le corresponde por los servicios prestados como docente de vinculación Distrital – IED RODRIGO LARA BONILLA.

2.- A través de petición de fecha **20 de noviembre de 2017**, con Radicado No. E-2017-199813, dirigida al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la

¹⁶ Folios 3-4, funge Resolución de reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de sus cesantías; sin embargo, la petición no fue contestada por la parte demandada¹⁷.

3.- El mencionado retiro parcial de las cesantías, fue debidamente cancelado a la actora, el **1 de diciembre de 2015**, conforme lo señala el certificado expedido por la fiduciaria la Previsora S.A obrante a folio 5 del expediente, por valor de \$15.680.000. Ya que este hecho se encuentra probado dentro del expediente, el despacho tendrá el **1 de diciembre de 2015**, como la fecha en que efectivamente fueron canceladas las cesantías a la parte demandante.

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 entidad demandada en respuesta a la petición de cesantías presentada, fue expedida por fuera del término legal (15 días).

En tal sentido, se deberá tener en cuenta la regla jurisprudencial fijada en la sentencia de unificación del 18 de julio de 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 – Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011- y **45 días** para efectuar el pago).

Así, para el caso de la 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 **30 de marzo de 2015** y feneció el **13 de julio de 2015**.

No obstante, se sabe en el proceso que las cesantías parciales fueron canceladas el **01 de diciembre de 2015**¹⁸. así las cosas se infiere que el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, canceló extemporáneamente la erogación social mencionada, y en consecuencia se configura la penalidad pecuniaria en contra del ministerio, establecida en el parágrafo del artículo 5º 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 **139 días calendario**, contados a partir del día siguiente al plazo máximo para su cancelación, esto es, **14 de julio de 2015**, hasta el día anterior a su efectivo pago, **30 de noviembre de 2015**.

Ahora bien, para establecer el monto de la sanción moratoria, se debe tomar el salario base devengado por la accionante, para el reconocimiento de retiro parcial de

¹⁷ En los folios 6 Y 7 figura la petición incoada ante la entidad demandada

¹⁸ Fl. 5 del expediente.

las cesantías, posteriormente, dividirlo entre 30, en aras de determinar el día de salario como docente, multiplicando su resultado por **139** 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, **14 de julio de 2015**, día en el cual empezó a correr la mora para la entidad demandada; es decir desde ese día el demandante contaba con 3 años para hacer exigible su derecho antes que operara el fenómeno prescriptivo; sin embargo, la señora **MARÍA NELCY CUCAITA CÁRDENAS**, presentó la petición el **día 20 de noviembre de 2017** y posteriormente la demanda el **29 de junio de 2018**, 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 **MARÍA NELCY CUCAITA CÁRDENAS** 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 **14 de julio de 2015**.

De otra parte, el Despacho no accede a la indexación de la sanción moratoria, de conformidad con el precedente del Consejo de Estado¹⁹, 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 1º 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 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 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 (...)*” (Subraya el Juzgado y negrillas del Despacho).

¹⁹ 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.

Adicionalmente el Consejo de Estado²⁰ 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 **MARÍA NELCY CUCAITA CÁRDENAS** 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 **14 de julio de 2015**, hasta el **30 de noviembre de 2015**, sin prescripción, toda vez que no transcurrieron más de 3 años (Art. 41 Decreto 3135 de 1968) desde el momento en que se hizo efectivo el pago de las cesantías (1 de diciembre de 2015), la fecha de la petición del reconocimiento de la sanción moratoria (20 de noviembre de 2017, fl. 6) y la presentación de la demanda (29 de junio de 2018, fl. 33).

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 **14 de julio de 2015 al 30 de noviembre de 2015** para un total de **139** días de 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 acusado y se accederá a las súplicas de la demanda en la forma expuesta, pues la parte actora 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.

De las costas: Ahora bien, en relación con las costas tenemos que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 sostiene que la sentencia dispondrá sobre las mismas cuya liquidación y ejecución se regirán de conformidad con las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso.

²⁰ 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.

Este último código en el numeral 1º del artículo 365 sostiene que la condena en costas se aplicará a la parte que resulte vencida dentro del proceso, en este caso quien resultó vencido fue la parte demandada quien estuvo debidamente representada, por lo tanto será condenada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de silencio administrativo negativo y por ende del acto administrativo ficto o presunto, originado en la falta de respuesta expresa a la petición que a través de apoderado elevó la señora **MARÍA NELCY CUCAITA CÁRDENAS** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, el **20 de noviembre de 2017**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, originado en la falta de respuesta expresa a la precitada petición, mediante el cual se negó la sanción por mora en el pago tardío de sus cesantías.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a través de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C., para que con cargo de los recursos del citado Fondo reconozca y pague a la señora **MARÍA NELCY CUCAITA CÁRDENAS**, identificada con la cédula de ciudadanía n° 35.322.005, 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 **14 de julio de 2015 al 30 de noviembre de 2015**; la anterior sanción debe liquidarse teniendo en cuenta la asignación básica que percibía el demandante al momento de la solicitud del pago de las cesantías, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR en costas en primera instancia a la parte demandada. En firme la presente providencia, REALÍCESE la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C. G. P.

QUINTO: La entidad dará 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: 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 Y CÚMPLASE


MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO
JUEZA

JLPG

<p>JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ SECCIÓN SEGUNDA</p> <p>Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art. 201, Ley 1437 de 2011) se notificó a las partes la providencia anterior, hoy <u>14 ENE - 2020</u> a las 8:00 a.m.</p> <p>_____ Secretaria</p> <p>Hoy <u>14 ENE - 2020</u> se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO O ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3º, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.</p> <p>_____ Secretaria</p>
