



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

*Carrera 57 N° 43-91, Edificio Aidée Anzola Linares CAN
Correo: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co*

Bogotá D.C., julio veintitrés (23) de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia Anticipada de primera instancia (Decreto 806 de 2020)
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2018-00332-00
Demandante:	MARTHA CECILIA ZAMBRANO DE TORRES
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – 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 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 y 187 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el inciso primero del artículo 13 del Decreto 806 de fecha 4 de junio de 2020¹ y conforme la siguiente motivación.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones: La señora **MARTHA CECILIA ZAMBRANO DE TORRES** por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación – Ministerio de

¹ Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas. caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

Educación– Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó demanda dentro de la cual solicita que se configure el acto ficto o presunto en razón a que la entidad demandada omitió realizar pronunciamiento de fondo a la petición radicada E-2018-47949 de 16 de marzo de 2018 referente a la solicitud que hiciera del reconocimiento y pago de la sanción moratoria generada por el no pago de las cesantías parciales reclamadas por la demandante.

En consecuencia, solicita se declare la nulidad del acto ficto señalado y que se condene a las entidades demandadas al pago de la Sanción por mora por la no cancelación oportuna de las Cesantías parciales reclamadas por la demandante. De la misma manera impetra se le cancele la indexación sobre las sumas adeudadas desde el momento del reconocimiento de las cesantías hasta que se haga efectivo el pago, así como el reconocimiento y pago de intereses moratorios generados a partir de la ejecutoria de la sentencia hasta la cancelación de lo que eventualmente se condene a la entidad y la condena en costas a la entidad demandada.

2.2. Hechos:

- a.** La señora **Martha Cecilia Zambrano de Torres** afirma que por laborar como docente al servicio educativo estatal, el día **25 de noviembre de 2016**, solicitó a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la cesantía parcial a la cual tenía derecho.
- b.** Señaló que por medio de la **Resolución No. 9040 de 28 de noviembre de 2017**, le fueron reconocidas las cesantías definitivas y que las mismas le fueron canceladas el **2 de marzo de 2018**.
- c.** Manifestó que desde la fecha en que la demandante radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías hasta su pago efectivo transcurrieron 360 días contados a partir de los 70 días hábiles de que dispone la entidad para su pago.
- d.** Con fecha **16 de marzo de 2018**, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno² de sus cesantías definitivas, petición radicada ante la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. bajo el consecutivo E-2018-47949, la cual fue resuelta por la entidad de manera ficta presuntamente negativa a las pretensiones invocadas.

2.3. Normas violadas y concepto de violación:

Como normas violadas se citan en la demanda las leyes 91 de 1989, 244 de 1995 y 1071

² Folios 6-7

de 2006.

En su **concepto de violación**, manifestó que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, siempre ha menoscabado las disposiciones que regulan la materia referente al pago de las cesantías de los docentes demostrándose en algunos eventos una mora de 4 o 5 años, contrario a los demás servidores del Estado, cuyos pagos de cesantías se efectúan dentro de los 30 días siguientes a su solicitud por tratarse de emolumentos salariales que retiene el patrono.

Señaló 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 el pago de las cesantías de los servidores públicos tanto parciales como definitivas indicando que la administración tiene 15 días hábiles, contados a partir del día siguiente a la presentación de la solicitud, para proferir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas o parciales. Para realizar el pago, tiene un término de 45 días hábiles contados a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público.

En ese sentido, consideró que el acto demandado es nulo porque el espíritu de la Ley 1071 de 2006 al establecer dichos plazos perentorios para el reconocimiento y pago de las cesantías está siendo burlada por la entidad demandada, pues la entidad demandada se encuentra cancelando la prestación, con posterioridad a los 70 días después de haber realizado la petición, obviando los derechos del trabajador, lo que lo hace acreedor a una sanción por la mora en el pago de las cesantías.

Para confirmar su dicho trajo a colación varios pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado que sobre la materia ha proferido.

2.4. Actuación procesal: La demanda se presentó el 17 de agosto de 2018 tal como se puede constatar a folio 27 del expediente y a través de providencia de 1 de febrero de 2019 (fl. 39), se admitió la demanda. Asimismo, el 28 de junio de 2019³, fue notificada mediante correo electrónico la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La parte demandada pese a haber sido notificada no contestó la demanda, tal como se desprende del informe secretarial que funge a folio 47 de expediente.

Cumplido lo anterior, a través de auto de fecha 3 de julio de 2020⁴, el Juzgado atendiendo a lo dispuesto en la parte final del artículo 181 del CPACA en concordancia con el inciso primero del artículo 13 del Decreto 806 de fecha 4 de junio de 2020⁵,

³ Fl. 42-43

⁴ Fl. 46

⁵ Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas. caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

corrió traslado a las partes para alegar por el término de 10 días, a efectos de dictar sentencia anticipada.

2.5. LA SINOPSIS DE LAS RESPUESTAS

2.5.1 La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales. Como se estableció en el trámite procesal, el extremo pasivo de la Litis de la referencia a pesar de haber sido notificada no contestó la demanda.

2.6. Alegatos de conclusión

2.6.1 La parte demandante: Presentó sus alegatos por escrito, dentro del término para ello señalado por auto que antecede, en donde manifiesta que se ratifica en los argumentos expuestos en el escrito de demanda. Luego de hacer un breve recuento de los hechos que considera probados dentro del proceso, indica que deberá ser la Ley 1071 de 2006 la norma aplicable en el caso concreto, y sustenta su afirmación citando la norma y trayendo a colación la sentencia de Unificación SU-336 de 2017, donde la Corte Constitucional señala que es la citada norma la que deberá aplicarse frente a las prestaciones sociales de los docentes oficiales, por ser también servidores públicos.

Adicionalmente cita Jurisprudencia del Consejo de Estado la cual ratifica y refuerza la posición arriba esgrimida. En consecuencia, señala que en el presente caso se ha generado una mora de 360 días en el pago de las cesantías reconocidas a favor de la demandante.

Respecto a la indexación del valor a pagar por concepto de la sanción por mora, solicita la aplicación de la Sentencia de unificación de 18 de julio de 2018 Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez bajo la interpretación allí realizada respecto de que la indexación de dichos valores procede a partir del último día en que se causó la mora, y sobre el valor total de la misma, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que decida el proceso, y los intereses legales desde este día hasta el pago de la condena por parte de la Entidad.

2.6.2 La parte demandada NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.:

Presentó sus alegatos por escrito y en término, mediante memorial allegado al despacho al correo electrónico, en el que expresó, luego de hacer un recuento normativo y Jurisprudencial acerca de la Sanción Moratoria, que la lectura al artículo 5 de la ley 1071 de 2006, así como a la Ley 244 de 1995 permiten concluir que las mismas son normas que no contemplan su aplicación de manera directa a los docentes del FOMAG, habida cuenta que las mismas desarrollan requisitos y

procedimientos para el reconocimiento de las cesantías a los empleados públicos, sin especificar si entre ellos se encuentran comprendidos los docentes del sector Oficial.

Adicional a lo anterior, señaló que no reposa prueba idónea en el expediente que demuestre que la entidad incurrió en mora en el pago de Cesantías Parciales. Respecto a la normatividad aplicable en el caso de autos, manifestó que la misma se circunscribe a lo normado por el Decreto 2831 de 2005, el cual a su juicio Consagra el procedimiento exclusivo para el reconocimiento de las Prestaciones sociales de los docentes afiliados al FOMAG “... *sin realizar discriminación alguna respecto del tipo de prestación que se tramite por dicho procedimiento...*”

En consecuencia, al considerar que esta última norma resulta de carácter especial y que consagra un procedimiento exclusivo frente al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a favor de los docentes oficiales, a su juicio, deberá darse aplicación de manera preferente por sobre lo dispuesto por la Ley 1071 de 2006.

Más adelante esgrime que no sólo debe analizarse la conducta del ente pagador, esto es la Fiduprevisora S.A., sino también las actuaciones desplegadas por el ente territorial, quien es el encargado de expedir el acto de reconocimiento de la prestación. Es por esto que estima que, para analizar la atribución de responsabilidad a la Fiduprevisora S.A., se hace necesario determinar la fecha en la cual el respectivo ente territorial le remitió este acto, a fin de evaluar la responsabilidad puntual de dicha entidad frente a la mora en el pago de la prestación reconocida al demandante, razón por la cual considera que debe oficiarse a dicha entidad para que certifique cuándo fue puesta en su conocimiento la resolución de reconocimiento de las cesantías.

Por otro lado, la entidad manifiesta que no cuenta con las partidas presupuestales para el pago de las condenas, si se estima que, en últimas, deba ser condenada al pago de las pretensiones de la demandante. Frente al caso particular de la docente, expone que “... *la demandante solicitó las cesantías el 25 de noviembre de 2016, razón por la que el ente territorial tenía como fecha máxima para resolver su solicitud el día 19 de diciembre de 2016, sin embargo, la misma fue expedida el 28 de noviembre de 2017, razón por la que deberá ser llamada para que en virtud de la descentralización de la que goza por ministerio de la ley, responda por el interregno que incurrió en mora...*” y que dicha mora no le es imputable como ente pagador.

Siguiendo la anterior argumentación, sostiene que la sanción por mora que eventualmente llegue a determinarse por el no pago oportuno de las cesantías, deberá ser asumida en su totalidad por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., al haber emitido extemporáneamente la resolución correspondiente, generando dilación en el pago de la prestación al demandante.

Adicionalmente indica que habiendo verificado el aplicativo de la Fiduprevisora, el dinero fue puesto a disposición de la demandante el 27 de febrero de 2018 y no el 2 de marzo del mismo año, tal como acredita allegando captura de pantalla de la consulta realizada el 9 de julio de 2020.

Con ocasión a la pretensión de indexación de la condena, sostiene luego de citar jurisprudencia del Consejo de Estado, que la misma es incompatible con el pago de la sanción por mora, considerando que esta es contemplada como una multa o sanción a favor del trabajador y en contra de la entidad, con el objeto de reparar los daños causados por el incumplimiento de esta última en el pago de prestaciones sociales, mas no el de mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que representa.

Con respecto a la condena en Costas, luego de citar jurisprudencia al respecto, en donde se manifiesta el carácter subjetivo de dicha condena, solicita se ordene al demandante al pago de estas, considerando la buena fe de la entidad en todas sus actuaciones.

2.6.3 Concepto del Ministerio Público: La delegada del Ministerio Público ante este Despacho, se abstuvo de presentar concepto en el presente asunto.

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 por resolver o fijación del litigio, el cual consiste en determinar:

En primer lugar, si debe declararse la nulidad del acto ficto o presunto como consecuencia de la no respuesta a la petición de fecha 16 de marzo de 2018, (radicado E-2018-47949), por medio de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías definitivas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Resuelto lo anterior, corresponde al juzgado establecer si la señora Martha Cecilia Zambrano de Torres tiene derecho a que la entidad accionada 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; **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. 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 27 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.

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 de los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación”, igualmente en los artículos 4⁸ y 5⁹, 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, 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, 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

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.

7 “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”.

8 “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.

9 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 éste”

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 2006¹⁰, cuyo objeto quedó plasmado en el artículo 1º¹¹. 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**¹² 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,*

10 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.

11 “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 Ahorro¹¹”.

12 M. P. Iván Humberto Escrucera Mayolo

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 2018¹³, 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

¹³ 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.

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 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 términos¹⁴:

*"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. 1071/2006¹⁵), **10** del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011¹⁶) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51¹⁷], y **45** días hábiles a partir del día*

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

15 «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.»

16 «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

17 «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

*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 2006¹⁸. (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 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

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. [...]
18«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 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 o 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 ex servidor, según sea el tipo de cesantías retiradas.

4.3. CASO CONCRETO:

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

- 1.- Que mediante Resolución No. **9040 de 28 de noviembre de 2017** se reconoció y ordenó a favor de la demandante el pago de una cesantía parcial que le corresponde por los servicios prestados como docente de vinculación Distrital recursos propios, las cuales fueron solicitadas el **25 de noviembre de 2016** a través de petición con radicado No. 2016- CES- 396238.
- 2.- La demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de sus cesantías el día **16 de marzo de 2018**¹⁹, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- 3.- El retiro de las cesantías fue puesto a disposición a la actora el **27 de febrero de 2018**, conforme lo señala el volante de pago en efectivo expedido por el banco BBVA por valor de \$27.500.000.

¹⁹ Folio 6

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 No. 9040 de 28 de noviembre de 2017, 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, en este asunto, 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 inició el día hábil siguiente a la radicación de la solicitud, es decir, a partir del **28 de noviembre de 2016**, y feneció el **7 de marzo de 2017**.

No obstante, se sabe en el proceso que las cesantías definitivas fueron puestas a disposición de la demandante el **27 de febrero de 2018** de modo 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 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 solicitadas estriba en **355 días calendario**, contados a partir del día siguiente al plazo máximo para su cancelación, esto es, **08 de marzo de 2017**, hasta el día anterior a su puesta en disposición, **26 de febrero de 2018**.

Ahora bien, para establecer el monto de la sanción moratoria por el retiro de las cesantías definitivas, se debe tomar el salario base vigente devengado por la accionante al momento del retiro del servicio, posteriormente, dividirlo entre 30, en aras de determinar el día de salario como docente, multiplicando su resultado por **355**, 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 **8 de marzo de 2017**, 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 señora **Martha Cecilia Zambrano de Torres**, presentó la petición el día **16 de marzo de 2018** y

posteriormente la demanda el **17 de agosto del mismo año**, 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 **Martha Cecilia Zambrano de Torres** 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 **8 de marzo de 2017**.

De otra parte, el Despacho no accede a la indexación de la sanción moratoria, de conformidad con el precedente del Consejo de Estado²⁰, 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 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 Estado²¹ 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.

De otra parte, el Despacho considera con relación a la pretensión de reconocimiento y pago de intereses moratorios surgidos a partir del día siguiente de la ejecutoria del presente fallo que esta pretensión no es compatible con el medio de control incoado, porque a ella se ajustan los presupuestos del proceso ejecutivo consagrado en el Código

20 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.

21 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.

General del Proceso, evidentemente incompatibles con las pretensiones, el problema jurídico y la decisión tomada en el caso de autos.

En síntesis, de acuerdo con lo expuesto, la señora **Martha Cecilia Zambrano de Torres** 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 **08 de marzo de 2017** hasta el **26 de febrero 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 (8 de marzo de 2017), la fecha de la petición del reconocimiento de la sanción moratoria (16 de marzo de 2018) y la presentación de la demanda (17 de agosto de 2018), 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, **08 de marzo de 2017**, hasta el **26 de febrero de 2018**, para un total de **355** 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 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.

De las costas: Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018²², 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

²² 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)

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.”

En consecuencia y de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia transcrita, encuentra este Despacho que nos encontramos frente al escenario de un cambio sustancial en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a la interpretación de las normas que regulan el tema objeto de análisis, que fue proferida el 18 de julio de 2018, es decir con posterioridad a la presentación de esta demanda. Por ello, este Juzgado se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada 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.** en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto como consecuencia de la no respuesta a la petición de fecha 16 de marzo de 2018, (radicado E-2018-47949), por medio de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías definitivas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas 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 – OFICINA DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE BOGOTÁ D.C.** 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 **Martha Cecilia Zambrano de Torres** identificada con la cédula de ciudadanía N° 20.939.236, la sanción moratoria prevista en el artículo 2° 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 **08 de marzo de 2017**, hasta el **26 de febrero de 2018**, es decir, **por el total de 355 días**; la anterior sanción debe liquidarse teniendo en cuenta la asignación básica vigente al momento del retiro del servicio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: 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.

QUINTO: 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.

SEXTO: 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** absteniéndose de efectuar dicho pago a través de depósito judicial en la cuenta del juzgado.

De la misma manera la demandante deberá aportar el número y descripción del tipo de cuenta donde deberá la entidad realizar el pago de lo aquí ordenado.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO
JUEZ

