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

Sección Segunda

Carrera 57 Nº 43-91, Edificio Sede de Despachos Judiciales CAN, piso 4º
Correo: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, veintitrés (23) de octubre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	Nº 11001-33-35-016-2017-0474-00
Demandante:	MOREEN HERLY HERNÁNDEZ LEÓN
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Tema: Sanción Moratoria

1. ASUNTO POR 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. Pretensiones[1]: La señora MOREEN HERLY HERNÁNDEZ LEÓN 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 declaratoria del Acto ficto presuntamente negativo derivado del silencio de la entidad frente a la petición que elevara la demandante el 10 de julio de 2017 solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías. En el mismo sentido solicita también su nulidad, así como la del Acto

[1] Fls. 16-17

Administrativo contenido en el Oficio S-2017-117585 de 28 de julio de 2017 por medio del cual se resuelve negativamente su solicitud de Reconocimiento y pago de las citadas Cesantías reconocidas a favor de la demandante.

Así mismo, a título de Restablecimiento del derecho solicita que se ordene a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas reconocidas a favor de la demandante. También que la liquidación de las sumas sea ajustada a valor presente y el pago de intereses corrientes sobre tales sumas, como la condena en costas a la entidad.

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

1.- La señora Moreen Herly Hernández León como docente al servicio educativo del Estado, el día 24 de diciembre de 2015, solicitó a la Secretaría de Educación de Bogotá, el reconocimiento y pago de las cesantías Definitivas 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. 2151 de 21 de abril de 2016 reconoció las cesantías solicitadas.

3.- para la demandante, las cesantías le fueron canceladas el 9 de agosto de 2016

4.- Con fecha 10 de julio de 2017, solicitó mediante memorial radicado E-2017-118505[2] 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, (folios 2-3) quien respondió negativamente de forma ficta las pretensiones.

5.- Señaló que para el presente caso se ha configurado una mora de 128 días.

2.3. Normas violadas y concepto de violación: Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes: Constitución Política arts. 1,2,4,13,25,53 y 83, Ley 91 de 1989, Ley 244 de 1995, Ley 1071 de 2006, ley 962 de 2005 y Decreto 1075 de 2015.

En su **concepto de violación**, manifestó que con los actos acusados, la entidad demandada vulnera los derechos adquiridos por la demandante, pues le niega el derecho a percibir el pago de la sanción moratoria a que tiene derecho por el pago tardío por parte de la entidad de las cesantías reconocidas a su favor. Puntualmente, señala que la demandada vulnera los principios constitucionales mínimos del trabajo consagrados en los artículos de la constitución que citó en precedencia.

[2] Ver archivo 04 expediente digitalizado.

Así mismo, indicó que con los actos acusados la entidad no respetó el término consagrado por la ley para el pago de las cesantías reconocidas, ya que realizó el pago con posterioridad a los 65 días de haber radicado la solicitud de reconocimiento de estas.

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: La demanda se presentó el 15 de diciembre de 2017 tal como se puede constatar a folio 20 del expediente, siendo inadmitida mediante auto de 4 de abril de 2018 y una vez subsanados los defectos allí indicados, a través de providencia de 9 de mayo de 2018 (fl. 28), se admitió la demanda de la referencia por encontrar configurados los requisitos para su procedencia, siendo notificada el 4 de julio de 2018 mediante correo electrónico la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (folios 33-38), las entidades demandadas contestaron la demanda, a través de auto de fecha 12 de julio de 2019[3] , el Juzgado fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial el día 21 de agosto de 2019, la cual fue aplazada debido a que en el trámite de esta la parte demandada presentó recurso de apelación contra de decisión que resolvió las excepciones previas.

2.5. SINOPSIS DE LA CONTESTACIÓN

2.5.1 Secretaría de Educación Distrital de Bogotá D.C. Mediante memorial radicado el 20 de septiembre de 2018[4] presentó contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones de esta, pronunciándose respecto a los hechos invocados y formulando las excepciones de falta de legitimación por pasiva, legalidad de los actos acusados y prescripción.

2.5.2 Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La entidad, mediante memorial allegado el 24 de septiembre de 2018, presentó igualmente contestación a la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de esta y formulando las excepciones que denominó Inexistencia de la obligación, Prescripción y Caducidad de la acción.

En aquella ocasión[5] se surtieron varias etapas contempladas en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 hasta la Resolución de las excepciones de Caducidad y Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, declarándose no probadas. No obstante sobre esta última la Secretaría de Educación Distrital interpone Recurso de Apelación, el cual por

[3] Fl. 122
[4] Fl.47-57
[5] Fl. 126-128

ser presentado en término es concedido por el despacho en audiencia, y remitido el expediente al superior.

Dicho recurso fue admitido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección E, quien mediante proveído de 21 de febrero de 2020 revocó la decisión tomada por este despacho respecto a la declaración de no probada la Falta de Legitimación en la causa por pasiva de la Secretaría de Educación Distrital.

Posteriormente, por auto de 4 de septiembre de 2020, este despacho acata la orden impartida por el superior y continúa con el proceso fijando fecha de Audiencia Inicial para el 23 de septiembre de 2020.

En dicha audiencia, habiendo resuelto las excepciones previas se procedió a continuar con las etapas restantes contempladas en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, hasta el sentido del fallo, frente al cual se estableció que:

> *"… efectivamente la parte demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías solicitadas, lo anterior de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado1 el 18 de julio de 2018 que unificó el criterio para el reconocimiento de la mora en el pago de las cesantías de los docentes*."

2.6. Alegatos de conclusión

2.6.1 La parte demandante: Presentó sus alegatos en audiencia inicial, los cuales quedaron consignados en el audio correspondiente al expediente digitalizado, 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 funge dentro del expediente digitalizado.

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: consiste en determinar:

En primer lugar, si debe declararse la existencia y posterior nulidad del acto ficto presuntamente negativo como consecuencia de la no respuesta a la petición de fecha 10 de julio de 2017, 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. 2151 de 21 de abril de 2016.

Resuelto lo anterior, corresponde al juzgado establecer si la señora MOREEN HERLY HERNÁNDEZ LEÓN 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 (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía 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 1995[6] 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:

[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.

> ***"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.*
> ***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 2006[7], cuyo objeto quedó plasmado en el artículo 1º 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 2º 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".

A su turno, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del

[9] M. P. Iván Humberto Escrucería Mayolo

18 de julio de 2018[10], 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 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.*

[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.

> 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". » (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 términos[11]:

> *"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. 1071/2006[12]),* ***10*** *del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011[13]) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51[14]], 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 2006[15]. (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

[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 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.»

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 presunto como consecuencia de la no respuesta a la petición de fecha 10 de julio de 2017, radicado bajo el consecutivo E-2017-118505 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. 2151 de 21 de abril de 2016.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que a favor de la señora MOREEN HERLY HERNÁNDEZ LEÓN se reconozca y pague la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales 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 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago, 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 con ocasión de la solicitud radicada el **24 de diciembre de 2015** con serial 2015-CES-078251 mediante Resolución No. **2151 de 21 de abril de 2016**[16] proferida por la Secretaria de Educación del Distrito de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se reconoció y ordenó a favor de la señora MOREEN HERLY HERNÁNDEZ LEÓN el pago de una cesantía definitiva que le corresponde por los servicios prestados como docente de vinculación distrital.

2.- A través de petición de fecha 10 de julio de 2017, radicado bajo el consecutivo E-2017-118505, dirigida al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la 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 demandada.

3.- El mencionado retiro definitivo de las cesantías, fue debidamente puesto a disposición de la actora, el **18 de julio de 2016,** conforme lo señala el certificado expedido por la fiduciaria la Previsora S.A obrante a folio 32 del expediente, por valor de $5.519.851. Ya que este hecho se encuentra probado dentro del expediente, el despacho tendrá este día como la fecha en que efectivamente fueron canceladas las cesantías a la parte demandante.

[16] Folios 4-5, funge Resolución de reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

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 inició el día hábil siguiente a la radicación de la solicitud, es decir, a partir del **28 de diciembre de 2015** y feneció el **8 de abril de 2016.**

No obstante, se sabe en el proceso que las cesantías definitivas fueron canceladas el **18 de julio de 2016**[17] . 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 estriba en **100 días calendario**, contados a partir del día siguiente al plazo máximo para su cancelación, esto es, **8 de abril de 2016**, hasta el día anterior a su efectivo pago, **17 de julio de 2016.**

Ahora bien, para establecer el monto de la sanción moratoria, se debe tomar el salario base devengado por la accionante al momento de la causación de la mora, posteriormente, dividirlo entre 30, en aras de determinar el día de salario como docente, multiplicando su resultado por **100** 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, **9 de abril de 2016,** 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 **MOREEN HERLY HERNÁNDEZ LEÓN,** presentó la petición el **día 10 de julio de 2017** y posteriormente la demanda el **15 de diciembre de 2017,** es decir, dentro del término legal.

[17] Fl. 32 del expediente.

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 **MOREEN HERLY HERNÁNDEZ LEÓN** 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 **9 de abril de 2016.**

De otra parte, el Despacho no accede a la indexación de la sanción moratoria, de conformidad con el precedente del Consejo de Estado[18], 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).

Adicionalmente el Consejo de Estado[19] 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 **MOREEN HERLY HERNÁNDEZ LEÓN** 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 **9 de abril de 2016**, hasta el **17 de julio de 2016**, 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 (18 de julio de 2016), la fecha de la petición del

[18] 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.
[19] 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.

reconocimiento de la sanción moratoria (10 de julio de 2017) y la presentación de la demanda (15 de diciembre de 2017).

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 **9 de abril de 2016** al **17 de julio de 2016** para un total de **100** 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.

5.0 Costas y agencias en derecho

Siguiendo en este punto la sentencia del Consejo de Estado Sección segunda del 18 de julio de 2018[20], de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia citada, encuentra este Despacho que nos encontramos frente al escenario de un cambio en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a la interpretación de las normas

[20] "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."

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)

acusadas en cuanto a la contabilización de los términos de la sanción moratoria por el pago tardío de Cesantías.

Por ello y en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia y en aplicación del criterio valorativo ya enunciado, habida cuenta que no se evidenció conducta alguna que lo amerite, se abstendrá de condenar en costas conforme las previsiones del artículo 365 del CGP.

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 **MOREEN HERLY HERNÁNDEZ LEÓN** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, el **10 de julio 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 **MOREEN HERLY HERNÁNDEZ LEÓN**, identificada con la cédula de ciudadanía nº 52.009.315, 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 **9 de abril de 2016** al **17 de julio de 2016;** la anterior sanción debe liquidarse teniendo en cuenta la asignación básica que percibía el demandante al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación del tiempo, lo anterior, conforma a las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Sin condena en costas.

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

MARÌA CECILIA PIZARRO TOLEDO
JUEZ

JLPG

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art. 201, Ley 1437 de 2011) se notificó a las partes la providencia anterior, hoy 28 de octubre de 2020, enviándose copia de la providencia a los correos electrónicos suministrados en el expediente.

Firmado Por:

MARIA CECILIA PIZARRO TOLEDO
JUEZ
JUEZ - JUZGADO 016 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA 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:
a266e6f7a9b00001e047ccfcd0afad6125a22f55b85c9a9cad822ae3a32f9ba2
Documento generado en 23/10/2020 01:05:53 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica