



**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., treinta (30) de noviembre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia Anticipada de primera instancia (Decreto 806 de 2020)
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2018-0541-00
Demandante:	HUGO ENCÍSAR PACHÓN ROZO
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – 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 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: HUGO ENCISAR PACHÓN ROZO por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento

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.

del derecho promovido contra la Nación – Ministerio de 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 a la petición radicada E-2018-102058 de 25 de junio 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 el demandante.

En consecuencia, solicita la nulidad del acto ficto señalado y que se condene a las entidades demandadas al pago de la Sanción por mora en el pago de las Cesantías parciales reclamadas por la demandante. También al pago de indexación sobre las sumas adeudadas desde el momento del reconocimiento de las cesantías hasta que se haga efectivo el pago, 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.** Hugo Encísar Pachón Rozo afirma que, por laborar como docente al servicio educativo estatal, el día **24 de marzo de 2015**, 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. 6629 de 20 de noviembre de 2015**, le fueron reconocidas las cesantías parciales para liberación de gravamen hipotecario y que las mismas le fueron canceladas el **6 de mayo de 2016**.
- c.** Manifestó que desde la fecha en que el demandante radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías hasta su pago efectivo transcurrieron 402 días.
- d.** Con fecha **25 de junio de 2018**, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías parciales, petición radicada ante la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. bajo el consecutivo E-2018-102058, 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 los artículos 2, 13, 16, 25, 29, 48, 53, 58 y 228, así como las leyes 57 de 1887, 91 de 1989, 244 de 1995, 4 de 1992, 1071 de 2006 y el Decreto 2277 de 1979.

En su **concepto de violación**, manifestó que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, desconoce las normas señaladas y vulnera la Constitución Política con la expedición de los actos demandados, pues los mismos desconocen los principios consagrados a favor de los trabajadores que están expuestos en dichas normas.

También, que la negativa al pago de la sanción por mora dificulta el trámite para su obtención, la cual considera un derecho de vital importancia atendiendo las condiciones en las que afirma encontrarse el demandante. Para reforzar su posición cita Jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto.

Señala también el quebranto normativo tanto a nivel Constitucional como a nivel legal surgido a su juicio, con ocasión de la expedición de los actos acusados, el cual fundamenta en la demora injustificada de la administración en el pago de lo reconocido.

En síntesis, reconoce como causales de nulidad configuradas la primera, respecto a la vulneración del ordenamiento Jurídico por aplicación indebida y falsa interpretación, así como la cuarta, relativa a la falsa motivación, pues estima el demandante que por medio de una motivación débil e inaplicable la entidad pretende evadir la responsabilidad en el pago de la sanción que estima procedente y sustentada en la ley.

Para reforzar sus argumentos, el apoderado del demandante cita Jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de la Sección Segunda del Consejo de Estado y de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

2.4. Actuación procesal: La demanda se presentó el 19 de diciembre de 2018 tal como se puede constatar a folio 31 del expediente y a través de providencia de 15 de febrero de 2019, se admitió la demanda. asimismo, el 11 de septiembre de 2019², fue notificada mediante correo electrónico la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Tanto el Ministerio de Educación como La Fiduprevisora S.A. contestaron la demanda, proponiendo las excepciones de falta de integración del litisconsorcio necesario, legalidad de los actos acusados, improcedencia de la indexación de las condenas, caducidad, prescripción, compensación. A su vez la Fiduprevisora interpuso la excepción de falta de legitimación por pasiva.

Frente a las excepciones previas presentadas por las entidades demandadas, este despacho, a través de auto de 15 de julio de 2020 y con fundamento en lo dispuesto por el Decreto 806 de 2020, declaró no probadas las excepciones de falta de

² Fl. 35-39

integración del litisconsorcio necesario, Falta de legitimación por pasiva y caducidad presentadas junto con la contestación de la demanda.

Cumplido lo anterior, a través de auto de fecha 30 de octubre de 2020, 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 2020³, corrió traslado a las partes para alegar de conclusión 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. Esta entidad se opone a las pretensiones de la demanda, y como fundamento de su defensa realiza un recuento normativo acerca de las disposiciones que regulan la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como de la Sanción Mora por el pago tardío de las prestaciones sociales, lo cual incluye lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia SU-336 de 2017, en donde dicha corporación señaló la normativa bajo la cual debe ceñirse la sanción por el pago tardío de las cesantías a favor de los docentes oficiales.

Con ocasión al trámite para el pago de las prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes oficiales, la entidad hace un recuento del trámite para la expedición de los actos que determinan el pago de la prestación, que considera encuadran en la categoría de actos complejos.

Así mismo hace mención de la entidad que a su juicio debe proceder al pago de las cesantías como de las sanciones por el pago tardío de estas, cual es la Fiduprevisora S.A. y que deberá ser llamada al proceso, junto con el ente territorial (Secretaría de Educación Distrital) para que responda por el pago que considera no debe imputarse al Ministerio, por no tener tampoco disponibilidad presupuestal para atender tal contingencia. También se opone a las pretensiones de indexación de la sanción mora y reconocimiento de intereses moratorios sobre la referida sanción por considerarlos doble sanción contra la entidad demandada, lo cual no puede ser concurrente conforme jurisprudencia que cita.

La entidad señala que el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes se encuentra regulado en un régimen autónomo y especial que contempla términos específicos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a los docentes, el cual implica términos específicos para el reconocimiento y pago de las cesantías a los docentes, a su vez implicando la participación de varias entidades.

³ 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.

Adicionalmente se pronuncia respecto a la sentencia de unificación del Consejo de Estado y manifiesta que aplicando lo allí establecido, en el presente caso se presentan 75 días de mora por parte de la entidad en el pago de las cesantías reconocidas al demandante.

Para reforzar lo anterior se permite transcribir apartes de varias sentencias del Consejo de Estado, Sección segunda.

Por último, y luego de presentar excepciones, solicita se declaren probadas las mismas y se abstenga de condena en costas contra la entidad.

2.5.2 Fiduciaria La Previsora S.A. Esta entidad presentó contestación a la demanda manifestando que celebró un contrato de fiducia mercantil con el Ministerio de Educación en virtud del cual actúa como fideicomisario de los bienes que esta cartera le ha encargado, los cuales no son de su propiedad, de manera que al no poder administrarlos sin autorización del Ministerio de educación (quien actúa como fideicomitente en el respectivo contrato de fiducia mercantil que allega con la contestación), mal haría en ordenársele el pago de expensas o emolumentos ajenos.

En su escrito de contestación la entidad también hace una breve explicación acerca de la naturaleza jurídica de la Fiduprevisora así como algunos aspectos de los patrimonios autónomos y el contrato de fiducia mercantil. A partir de allí, los argumentos de defensa de esta entidad se enfocan en señalar el régimen especial para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, así como de lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU-336 de 2017, en donde dicha corporación señaló la normativa bajo la cual debe ceñirse la sanción por el pago tardío de las cesantías a favor de los docentes oficiales.

2.6. Alegatos de conclusión

2.6.1 La parte demandante: Presentó sus alegatos por escrito, poniendo de presente la regulación normativa respecto al pago oportuno de las cesantías y la indemnización por mora frente a su pago tardío. Transcribiendo para ello de manera extensa algunos artículos. También hizo alusión a la sentencia de unificación SU-336 de 2017 mediante la cual la Corte Constitucional también se refirió al tema.

Adicionalmente frente al caso concreto se permite mediante un esquema, ilustrar la mora frente a la cual a su juicio ha incurrido la entidad en el pago de las cesantías al demandante, y el valor al cual equivalen los días que la entidad dejó de pagar lo reconocido.

2.6.2 La parte demandada: Presentó sus alegatos por escrito, mediante memorial allegado al despacho, en el que expresó que frente al caso en concreto deberá comparecer la entidad territorial a efectos de que respondan por el retardo que no debe ser imputado al pagador, pues a su juicio el mismo es atribuible a la Secretaría

de educación, y en consecuencia deberá ser la entidad que asuma la sanción por el retardo.

Respecto a las pretensiones de indexación de la condena, la entidad afirma que la misma no es compatible con la sanción moratoria establecida por el Código Sustantivo del trabajo, razón por la cual no es procedente ordenar eventualmente a la entidad al pago de las dos. En defensa de lo dicho cita inextensa sentencia de unificación del Consejo de Estado, sintetizando las reglas para determinar la incompatibilidad de la sanción moratoria y la indexación como sanciones por el pago tardío o no pago de las obligaciones laborales.

Por último, manifiesta que no deberá condenarse en costas a la entidad, si esta no resulta ganadora del proceso, toda vez que atendiendo a los actuales criterios para su condena, la misma procede sólo cuando el juez evidencie falta de buena fe en las actuaciones de las entidades. Con fundamento en todo lo anterior solicita se absuelva a la entidad de las pretensiones de la demandante para en su lugar condenar en costas al extremo activo de la litis.

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 25 de junio de 2018, (radicado E-2018-102058), por medio de la cual el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Resuelto lo anterior, corresponde al juzgado establecer si Hugo Encísar Pachón 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.

También, si hay lugar al pago indexado de las sumas adeudadas, como a la condena en costas y al pago de agencias en derecho.

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 1995⁴ 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 2⁵ 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 1^o 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 4⁶ y 5⁷, 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.

4 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.

5 “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”.

6 “Artículo 4.º. 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.

7 Artículo 5.º. 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”

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 2006⁸, cuyo objeto quedó plasmado en el artículo 1º⁹.

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**¹⁰ 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 cubre 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

8 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.

9 “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”.

10 M. P. Iván Humberto Escruce Mayolo

injustificadamente el derecho a la igualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las cesantías.

iv. Existen importantes semejanzas entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, a saber: pertenecen a la rama ejecutiva, cumplen dentro de ella una tarea típicamente misional respecto de la función que compete a las secretarías de educación de las entidades territoriales y, en su momento, al Ministerio de Educación Nacional, se encuentran sujetos a un régimen de carrera y su vinculación se produce por efecto de un nombramiento.

v. En tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies de servidores públicos, han de ser considerados como empleados públicos.

vi. El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

A su turno, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018¹¹, 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*

¹¹ 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.

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

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

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

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. *Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del 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 términos¹²:

*“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. 1071/2006¹³), **10** del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011¹⁴) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso*

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

13 «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.»

14 «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:

Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51¹⁵], 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 2006¹⁶. (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 término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal 28	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso

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

15 «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. [...]

16«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, 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 extrabajador, por consiguiente, ese recargo pecuniario constriñe al empleador, para que efectúe el pago en las oportunidades legalmente establecidas.

Como quedó visto, la sanción y/o indemnización moratoria, se causa cuando vencen los 70 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 exservidor, 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. **6629 de 20 de noviembre de 2015** se reconoció y ordenó a favor del demandante el pago de una cesantía parcial con destino a liberación de gravamen hipotecario que fue solicitada el **24 de marzo de 2015** a través de petición con radicado No. 2015- CES- 006850.

2.- el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de sus cesantías el día **25 de junio de 2018**, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- El retiro de las cesantías fue puesto a disposición a la actora el **6 de mayo de 2016**, conforme lo señala certificación de pago de cesantía aportado por la Fiduprevisora por valor de \$59.748.549.

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. **6629 de 20 de noviembre de 2015**, 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 del 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 **25 de marzo de 2015**, y feneció el **9 de julio de 2015**.

No obstante, se sabe en el proceso que las cesantías parciales fueron puestas a disposición del demandante el **6 de mayo de 2016**, 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 **300 días calendario**, contados a partir del día siguiente al plazo máximo para su cancelación, esto es, **10 de julio de 2015**, hasta el día anterior a su puesta en disposición, **5 de mayo de 2016**.

Ahora bien, para establecer el monto de la sanción moratoria por el retiro de las cesantías, se debe tomar el salario base vigente 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 **300**, 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 **10 de julio de 2015**, 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, Hugo Encisar Pachón, presentó la petición el día **25 de junio de 2018** y posteriormente la demanda el **19 de diciembre de 2018**, es decir, dentro del término legal.

En ese orden de ideas, se tiene que la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, deberá cancelar a Hugo Encisar Pachón Rozo la respectiva indemnización y/o sanción moratoria; sin prescripción, toda vez, que el demandante la reclamó dentro de los tres años siguientes a los cuales se hizo exigible la sanción moratoria, es decir, desde el **10 de julio de 2015**.

De otra parte, el Despacho no accede a la indexación de la sanción moratoria, de conformidad con el precedente del Consejo de Estado¹⁷, 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 Estado¹⁸ 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.

17 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.

18 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.

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 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, Hugo Encísar Pachón Rozo 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 **10 de julio de 2015**, hasta el **5 de mayo 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 exigible la mora (10 de julio de 2015), y la fecha de la petición del reconocimiento de la sanción moratoria. (25 de junio 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, **10 de julio de 2015**, hasta el día anterior a su puesta en disposición, **5 de mayo de 2016**, para un total de **300** 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 ficto producto del silencio administrativo 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 2018¹⁹, 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, Por ello, este Juzgado se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada conforme las previsiones del artículo 365 del C.G.P.

¹⁹ Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

En 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 del silencio administrativo negativo frente a la petición radicada E-2018-102058 de 25 de junio de 2018, por medio de la cual el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales 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 Hugo Encísar Pachón Rozo identificado con la cédula de ciudadanía N° 19.171.712, 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 **10 de julio de 2015**, hasta **5 de mayo de 2016**, para un total de **300** días de mora; la anterior sanción debe liquidarse teniendo en cuenta la asignación básica vigente al momento de la solicitud, 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 el 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

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 **3 de diciembre de 2020** a las 8:00 a.m. Hoy se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO O ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3º, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.