



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, CAN. Edificio Aydeé Anzola Linares, Piso 4°

Correo electrónico: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Micrositio: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-16-administrativo-de-bogota>

Bogotá D.C., siete (07) de octubre dos mil veintidós (2022)

Acción:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	ADRIANA JANNETH SARMIENTO MEDINA
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Vinculado:	SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C. y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Radicación:	11001-33-35-016-2019-00310-00
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Tema:	Sanción moratoria docente oficial

1. ASUNTO A DECIDIR

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

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones¹. La señora **ADRIANA JANNETH SARMIENTO MEDINA**, por conducto de apoderado judicial y, en ejercicio del Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dirigido contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó demanda dentro de la cual solicita la nulidad del acto ficto o presunto configurado el **19 de marzo de 2019**, frente a la petición radicada el **19 de diciembre de 2018** con relación al reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía parcial, establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006.

Asimismo, declarar que la demandante tiene derecho a que la Nación, Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague la sanción por mora, establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde

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

los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se haga efectivo el pago.

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

Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria reconocida en esta sentencia.

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

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

- a. Indicó que el 1 de agosto de 2016 solicitó a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías parciales a las cuales tenía derecho.
- b. Señaló que por medio de la **Resolución número 0638 del 8 de febrero de 2017**, le fue reconocida la cesantía solicitada y que la misma le fue cancelada el **1 de junio de 2017** por intermedio de la entidad bancaria.
- c. Con fecha **19 de diciembre de 2018**, radicó ante la entidad demanda derecho de petición tendiente a obtener el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, el cual se resolvió negativamente de forma ficta.

2.3. Normas violadas y concepto de violación: Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes: Artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, artículos 1 y 2 Ley 244 de 1995, artículos 4 y 5 Ley 1071 de 2006.

En su **concepto de violación**, sostuvo que, el pago de las cesantía de los docentes

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

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

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

Sostiene que, a pesar de que la jurisprudencia ha establecido que la disposición normativa ha de entenderse que el reconocimiento y pago, no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, en el Fondo Prestacional del Magisterio cancela por fuera de los términos establecidos en la ley, la cesantía, lo que genera una sanción para la entidad equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud , contando hasta cuando se efectúe el pago de las cesantías.

2.4. Actuación procesal: La demanda se presentó el 22 de julio de 2019³ y mediante auto del 25 de noviembre de 2019 se admitió la demanda de la referencia por encontrar colmados los requisitos para su procedencia⁴ y se ordenó la vinculación del Distrito Capital de Bogotá - Secretaria de Educación Distrital y la Fiduciaria la Previsora S.A.; asimismo, el 3 de septiembre de 2021 fue notificada mediante correo electrónico las entidades demandadas, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁵.

En el término de traslado de la demanda, la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria la Previsora S.A., y la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. – Secretaría de Educación Distrital

³ Archivo 5 del expediente digital.

⁴ Archivo 9 ibidem.

⁵ Archivo 14 ibidem.

dieron contestación a la misma ejerciendo su derecho de defensa y contradicción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones⁶.

Posteriormente, mediante constancia secretarial y conforme lo establecido en los artículos 175, numeral 2° de la Ley 1437 de 2011 y 110 del Código General del Proceso, se corrió traslado de las excepciones propuestas por las entidades demandadas⁷.

Luego, a través de providencia del 8 de abril de 2022⁸ se resolvieron las excepciones previas propuestas, declarándolas no probadas, decisión contra la cual no se interpuso ningún recurso por parte de las entidades demandadas y vinculadas.

Cumplido lo anterior, a través de auto de fecha 8 de agosto de 2022⁹, el Juzgado, en atención a lo dispuesto en la parte final del artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 182 de la Ley 1437 de 2011, dispuso correr traslado para alegar a las partes por el término de 10 días, a efectos de dictar sentencia anticipada y al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se les concedió el mismo termino para que presentaran concepto e intervención si lo estimaban pertinente.

2.5. Sinopsis de las respuestas.

2.5.1. Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y Fiduciaria la Previsora S.A¹⁰. En el escrito de contestación se opusieron a todas y cada una de las pretensiones de demanda, indicando que, el Fomag es una cuenta especial de la nación que tiene como objetivo y finalidad es atender las prestaciones sociales del personal afiliado, pero teniendo en cuenta que el fondo simplemente provee los recursos y la fiduciaria administra. Quien determina las condiciones puntuales de cada afiliado y las circunstancias bajo las cuales se les debe pagar determinada prestación, el tiempo y demás son ordenadas por el respectivo ente territorial que ejerce la contratación del afiliado.

Añade que, no es Fiduprevisora con cargo a los recursos del Fomag, la llamada a soportar el castigo o carga de una mora que esta no generó y que peor aún, no tiene la posibilidad real de evitar.

⁶ Archivo 16 y 23 del expediente digital.

⁷ Archivo 26 del expediente digital.

⁸ Archivo 30 ibidem.

⁹ Archivo 32 ibidem.

¹⁰ Archivo 16 ibidem.

2.5.2. Bogotá Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital¹¹. En el escrito de contestación se opuso que a todas las pretensiones de la demandan, sostenido que, dicha entidad no es la competente para reconocer y pagar la sanción moratoria ya que no es una prestación social y por tanto corresponde a la Fiduciaria La Previsora en calidad de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.6. Alegatos de conclusión.

2.6.1 Alegatos de la parte demandante¹². Presentó sus alegatos de conclusión por escrito, mediante memorial allegado al correo electrónico del Despacho, el cual se encuentra incorporado al expediente digital.

En síntesis, el apoderado de la parte demandante trae a colación las normas en que se funda el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías como también la jurisprudencia sentada por el Honorable Consejo de Estado sobre la materia, para arribar a la conclusión de que en el expediente obran suficientes pruebas para condenar a la entidad demandada al pago de la sanción moratoria.

2.6.2. Alegatos de la Nación – Ministerio de Educación Nacional y de la Fiduciaria la Previsora S.A.¹³ Las entidades presentaron sus alegatos de conclusión por escrito, mediante memorial remitido al correo electrónico de esta juzgado, los cuales reposan en el expediente digital, en el que se expresó que, la fecha de pago de las cesantías de acuerdo con las pruebas que obran dentro del proceso, específicamente el certificado de pago de las cesantías expedido por parte de la Fiduprevisora, se evidencia que la fecha de pago correspondió al 29 de febrero de 2016 fecha en que se puso a disposición el dinero en la entidad bancaria.

Solicita al Despacho que se considere la anterior fecha para la liquidación de la sanción moratoria y que se niegue la indexación y la condena en costas.

2.6.3. Alegatos de Secretaría Distrital de Bogotá D.C.¹⁴ Presentó los alegatos dentro del término ley a través del buzón electrónico del juzgado, exponiendo básicamente los mismos fundamentos que en la contestación de la demanda.

¹¹ Archivo 23 del expediente digital.

¹² Archivo 36 del expediente digital.

¹³ Archivo 35 del expediente digital.

¹⁴ Archivo 33 del expediente digital.

Añadió que, la Secretaría de Educación Distrital no es la llamada a asumir las consecuencias jurídicas de una eventual sentencia condenatoria por la configuración de la sanción moratoria, si a ello hubiera lugar, razón por la cual se debe desvincular del proceso.

2.7. Concepto del Ministerio Público¹⁵. El Agente del Ministerio Público, Procurador 192 Judicial I Administrativo dentro del término de ley rindió concepto en el que indico que, la parte actora dejó configurar el fenómeno de la prescripción para reclamar su derecho, pues incurriéndose en mora por no pago desde el 25 de noviembre de 2015, se puso en actividad para reclamar la sanción moratoria cuando habían transcurrido más de 3 años.

Añade que, la reclamación administrativa se presento el 19 de diciembre de 2018, cuando ya se encontraba fuera de la oportunidad señalada por la jurisprudencia aplicable al caso, que ha determinado que el término prescriptivo correrá desde el momento en que surgió el derecho, es decir, desde el 26 de noviembre de 2015 y no desde que se hubiere generado el pago.

Finalmente, solicita no acceder a las pretensiones, al haberse perdido el derecho por inactividad en su reclamación.

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 si hay lugar a declarar la nulidad del acto ficto o presunto como consecuencia de la no respuesta a la petición de fecha **19 de diciembre de 2018** con radicado **E-2018-196382**, por medio de la cual la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías definitivas reconocidas a través de la **Resolución número 6380 del 11 de noviembre de 2015**.

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

¹⁵ Archivo 37 del expediente digital.

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

5. Normatividad aplicable al caso.

5.1. Marco legal de la sanción moratoria causada por el retardo en el pago de las cesantías parciales y definitivas de los docentes oficiales. La Ley 244 del 29 de diciembre de 1995¹⁶ 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 2¹⁷ regula la sanción moratoria causada por el incumplimiento de la entidad pública empleadora consistente en un día de salario por cada día de retardo hasta el pago efectivo de las mismas.

La referida Ley 244 de 1995 fue adicionada y modificada por la Ley 1071 del 31 de julio de 2006, indicando en el artículo 1º que el objeto de la Ley es “reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación”, igualmente en los artículos 4¹⁸ y 5¹⁹, fijó el término para la expedición de la resolución que reconoce las cesantías y la procedencia de la sanción moratoria.

16 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.

17 “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”.

18 Artículo 4º. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes. Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

19 Artículo 5º. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este”

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

Para el caso de retiro parcial de cesantías, el constituyente derivado expidió la Ley 1071 de 2006²⁰, cuyo objeto quedó plasmado en el artículo 1^o²¹.

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**²² 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

20 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.

21 “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 Ahorro²¹”.

22 M. P. Iván Humberto Escrucera Mayolo

que su ámbito de aplicación cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, así como a las entidades que prestan servicios públicos y de educación, es decir, involucra a todo el aparato del Estado no solo a nivel nacional sino territorial.

- iii. Al igual que los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se les reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, por lo que proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a la igualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las cesantías.*
- iv. Existen importantes semejanzas entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, a saber: pertenecen a la rama ejecutiva, cumplen dentro de ella una tarea típicamente misional respecto de la función que compete a las secretarías de educación de las entidades territoriales y, en su momento, al Ministerio de Educación Nacional, se encuentran sujetos a un régimen de carrera y su vinculación se produce por efecto de un nombramiento.*
- v. En tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies de servidores públicos, han de ser considerados como empleados públicos.*
- vi. El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio”.*

A su turno, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018²³, 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,

23 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.

término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

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

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

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

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

Sobre la causación de esa erogación indemnizatoria, el Consejo de Estado en el seno de su Sala Plena, sentó las bases para tal fin en los siguientes términos²⁴:

“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. 1071/2006²⁵), **10** del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011²⁶) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso

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

25 «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.»

26 «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

Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51²⁷], 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 2006²⁸. (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

ellos. 4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos. 5. Desde el día siguiente

27 «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. [...]

28«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 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 / 65 días hábiles siguientes, a la radicación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías, sean definitivas o parciales, indistintamente de que hubiese pronunciamiento posterior al vencimiento del plazo otorgado y finaliza su causación, cuando se produzca el efectivo pago al servidor o ex servidor, según sea el tipo de cesantías retiradas.

5.3. De la prescripción extintiva. Esta judicatura acoge la postura del Consejo de Estado en la sentencia del 15 de febrero de 2018²⁹, en la que señaló que la sanción moratoria se debe reclamar desde que esta se hace exigible, so pena de que opere la prescripción extintiva. Al respecto manifestó la corporación que:

29 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, radicado número 27001-23-33-000-2013-00188-01(0810-14).

“...los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación cesantías...”

En el mismo pronunciamiento reiteró lo siguiente:

“...si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación...”, pese a que “...como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles...”

La Alta Corte aclaró en la sentencia referida que la norma que se ha de invocar para efectos de determinar la prescripción extintiva en la sanción moratoria es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral que al tenor literal señala:

*“ARTÍCULO 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, **que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.**”*
(negrita y subrayado fuera del texto original)

La razón de aplicar la anterior disposición normativa y no el término prescriptivo señalado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, en consideración a que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990.

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

1.- Que mediante **Resolución número 6380 del 11 de noviembre de 2015**, proferida por la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá D.C. en nombre y representación de la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud de la solicitud elevada el **13 de agosto de 2015** con radicado **2015-CES-037724**, le reconoció y ordenó el pago a la señora **ADRIANA JANNETH**

SARMIENTO MEDINA de las cesantías parciales que le corresponden por los servicios prestados como docente³⁰.

2.- A través de petición de fecha **19 de diciembre de 2018** con radicado **E-2018-196382**, dirigida a la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de sus cesantías parciales, con base en lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006; sin embargo, la petición no fue contestada por la entidad demandada³¹.

3.- El mencionado retiro de las cesantías parciales, fue debidamente cancelado al actor, el **11 de noviembre de 2015**, conforme lo señala el certificado expedido por la Fiduciaria La Previsora S.A.³².

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

En tal sentido, **en este asunto, se deberá tener en cuenta la regla jurisprudencial fijada en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, relativa a la expedición del acto administrativo por fuera del término de los 15 días**, es decir, que la sanción por mora corre **70 días hábiles** después de radicada la solicitud de reconocimiento (**15 días** para expedir la resolución, **10 días** de ejecutoria del acto – artículos 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011- y **45 días** para efectuar el pago).

Así, para el caso de la parte accionante se tiene que la contabilización del término para cancelar las cesantías definitivas inició el día hábil siguiente a la radicación de la solicitud, es decir, a partir del **14 de agosto de 2015** y feneció el **25 de noviembre de 2015**. Sin embargo, se sabe en el proceso, que las cesantías parciales fueron canceladas el **11 de noviembre de 2015**, 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 configuró la penalidad pecuniaria en contra del mencionado

³⁰ Ver folios 3 – 5 del archivo 4 del expediente digital.

³¹ Ver folios 1 – 2 del archivo 4 del expediente digital.

³² Archivo 18 del expediente digital.

Ministerio, establecida en el párrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, que corresponde a un día de salario por cada día de retardo.

No obstante lo anterior, **se observa que en el caso bajo examen ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción** toda vez que, del acervo probatorio que obra en el expediente se avizora que la obligación se hizo exigible el, **26 de noviembre de 2015**, día en el cual empezó a correr la mora para la entidad demandada; es decir, desde esa fecha la demandante contaba con 3 años para hacer exigible su derecho antes que operara el fenómeno prescriptivo, por lo tanto, el término fenecía el **26 de noviembre de 2018**. Empero, la parte actora solo vino a presentar la reclamación administrativa o petición el **19 de diciembre de 2018**³³, es decir, **por fuera del término de prescripción contemplado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral**.

En conclusión, **la demandante reclamó su derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por fuera de los tres años contados a partir del día en que se hizo exigible la sanción moratoria y, por lo anterior en este operó la prescripción extintiva, la cual se declarará probada de oficio por el Despacho**.

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 señora **Adriana Sarmiento** no deben prosperar.

Finalmente, en cuanto a las cosas y agencias en derecho, siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018³⁴, tenemos que:

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

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

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

³³ Ver folios 1 y 2 del archivo 4 del expediente digital.

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

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

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

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

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

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

Por ello y en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia y en aplicación del criterio valorativo ya enunciado, se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante conforme las previsiones del artículo 365 del Código General del Proceso.

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción perentoria nominada, **PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DEL DERECHO**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

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

CUARTO: 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.

Téngase en cuenta para efectos de la notificación los correos electrónicos:
notjudicial@fiduprevisora.com.co; procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co;
notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co; t_lreyes@fiduprevisora.com.co; davif92@gmail.com;
notificacionesjcr@gmail.com; notificacionescundinamarcalqab@gmail.com

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LILIANA POVEDA CABEZAS

JUEZ

JPP

Firmado Por:

Blanca Liliana Poveda Cabezas

Juez

Juzgado Administrativo

016

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **6490b79f4322ee5c6f25c91553626807a2ba79e6dea90a79230fdc8e885b3416**

Documento generado en 07/10/2022 03:09:37 PM

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