



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO DE ORALIDAD ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00456-00**
Demandante: MARTHA CATALINA TORRES MORA
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **MARTHA CATALINA TORRES MORA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.476.216 de Chipaque, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Pretende la actora que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo, respecto de la petición radicada el 26 de marzo de 2019, por medio de la cual solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la ley 1071 de 2006, por el pago tardío de unas cesantías parciales.

A su vez, pretende que se declare que la entidad demandada debe reconocer y pagar la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas mediante la Resolución No. 1894 del 22 de octubre de 2018.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a:

i) Pagar desde el 25 de octubre de 2018 y hasta el 08 de febrero de 2019, equivalente a la suma de \$15.297.750 M/LV y de manera indexada al día del pago.

ii) Ordenar se dé cumplimiento a lo dispuesto en el fallo dentro del término señalado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

iii) Condenar a la entidad accionada a que, sobre las sumas adeudadas a la demandante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al IPC o al por mayor de conformidad al artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

iv) Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia sobre las sumas adeudadas a la actora en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

v) Condenar en costas y agencias en derecho a la demandada.

1.2. HECHOS.

Para sustentar las pretensiones la demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que mediante petición radicada bajo el No. 2018-CES-600139 del 12 de julio de 2018, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación de Cundinamarca, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

1.2.2. Que la Secretaría de Educación de Cundinamarca, mediante Resolución No.1894 del 22 de octubre de 2018 reconoció el pago de las cesantías parciales por un valor de \$8.300.000 M/LV.

1.2.3. Que los 70 días para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales vencieron el 24 de octubre de 2018, sin embargo, el pago se produjo de manera tardía, por medio de la entidad bancaria Banco BBVA el 08 de febrero de 2019.

1.2.4. Que el 26 de marzo de 2019 radicó solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías parciales, ante la Secretaría de Educación de Cundinamarca – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1.2.5. Que la Secretaría de Educación de Cundinamarca, mediante oficio acumulado de trámite No. CE-2019538269 del 10 de abril de 2019 informa que remite la solicitud administrativa a la Fiduprevisora S.A., por ser ésta la competente.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 53, 58, 228 y 336 Constitucionales y la Ley 1071 de 2006.

Manifiesta que el proceder de la administración no ha permitido que a la actora se le garantice el derecho al pago oportuno de las cesantías, al haber incurrido en mora en el pago y negársele el derecho a la indemnización contemplada en la Ley 244, transgrediendo el artículo 53 de la Constitución Política.

Sostiene que la petición de la actora fue presentada ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio según la Ley 115 de 1994, artículo 180, por lo que dicha entidad debe reconocer las prestaciones de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Señala que las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por intermedio del representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial al que se encuentre vinculado la docente.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada a través de escrito del **02 de julio de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos, y propuso las siguientes excepciones:

i) Improcedencia de la indexación de la sanción moratoria: Señaló que de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, la indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, aquellas que deben satisfacer mediante el pago de una cantidad determinada entre las que se cuentan, las de índole laboral, en la medida que el fenómeno inflacionario produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda; sin embargo, en cuanto refiere a la sanción moratoria generada por el pago tardío de las cesantías, dicha indexación no es procedente.

ii) Improcedencia de la condena en costas: Manifestó que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación, no procede.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte Demandante

La apoderada de la parte actora dentro de la oportunidad legal no presentó escrito de alegatos de conclusión.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante escrito allegado el **31 de mayo de 2021**, vía correo electrónico, señaló que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en **106** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

No obstante lo anterior, solicita no acceder a la indexación de la sanción moratoria, de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, jurisprudencia que determinó que la indexación tiene su fundamento en el fenómeno económico derivado del proceso de la depreciación de la moneda, mientras que la sanción moratoria nace como penalidad por el pago tardío de las cesantías, concluyendo que la indexación de la sanción moratoria no es procedente de ninguna forma, al no satisfacer las características propias de la depreciación de la moneda y al tener un origen y una finalidad diferente la generación de la sanción mora por pago tardío de las cesantías, de allí que determinó la incompatibilidad de las dos figuras toda vez que, de no ser así, se constituiría en una doble sanción para la administración, haciendo más gravosa la situación de la entidad.

De otra parte, reitera la imposibilidad de que la entidad que representa sea condenada en costas, pues afirma que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede, máxime cuando los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos.

En ese orden de ideas, solicita al Despacho que, de acceder a las pretensiones de la demanda, no se reconozca la indexación de la sanción moratoria ni se condene en costas conforme con los argumentos expuestos.

4.3. Ministerio Público.

Se advierte que el señor Procurador Delegado ante el Despacho no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Frente a la excepción de **improcedencia de la indexación de la sanción moratoria**, este Despacho considera que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda, sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera constituye excepción de mérito que impida resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

En relación con la **improcedencia de condena en costas**, cabe advertir que no constituye un medio exceptivo, sino que es un aspecto inherente al ejercicio de la acción.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

5.2.1. Cédula de ciudadanía de la actora (fl. 8)

5.2.2. Resolución No. 1894 del 22 de octubre de 2018, a través de la cual la Secretaría de Educación del departamento de Cundinamarca le reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 12 de julio de 2018 (fls. 9 a 10).

5.2.3. Certificación del Fondo de Prestaciones del Magisterio – Fiduprevisora S.A. de fecha 07 de junio de 2019, donde consta como fecha de disposición de la cesantía parcial el 08 de febrero de 2019 (fl. 11).

5.2.4. Derecho de petición radicado bajo el No. 2019053926 del 26 de marzo de 2019, dirigido a la Secretaría de Educación de Cundinamarca – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual la

demandante, a través de apoderada, deprecó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006 (fls. 12 a 13).

5.2.5. Oficio No. CE-2019538269 del 10 de abril de 2019, expedido por el Director de Personal de la Secretaría de Educación de Cundinamarca, por medio del cual se remitió a la Fiduciaria la Previsora S.A., la petición elevada por la actora (fl. 14).

5.2.6. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 03 de octubre de 2019, ante la Procuraduría 7 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida y cuya constancia fue expedida ese mismo día. (fls. 15 y 16 *vltto*).

5.2.7. Certificado de salarios devengados por la señora MARTHA CATALINA TORRES MORA, correspondiente a los años 2016 a 2018 (fls. 17 a 17 *vltto*).

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el 26 de marzo de 2019, ii) si esta tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, reclamada por la actora.

5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

La apoderada de la parte actora deprecó la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por la demandante el **26 de marzo de 2019**, mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que el Ministerio de Educación Nacional haya resuelto la petición elevada el día 26 de marzo de 2019, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

“Artículo 83. Silencio Negativo. *Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.*

(...)”

Lo anterior obedece a que mediante el oficio No. CE-2019538269 del 10 de abril de 2019, la Secretaría de Educación de Cundinamarca – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio informó que trasladaba a la Fiduciaria la Previsora S.A. la referida petición.

5.4.1 NORMATIVIDAD QUE REGULA LA MORA EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS.

Mediante la **Ley 244 del 29 de diciembre de 1995**, se estableció la sanción por el no pago de la cesantía, consistente en una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último por el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía.

Así, el artículo 1° consagra que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley”*.

Por su parte, el artículo 2° dispone: *“La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

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.”

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, “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” estableció en su artículo 4° que “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”.
(Negrillas del Despacho)

A su vez, el artículo 5° estableció “**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.”*
(Negrillas fuera del texto original)

De los artículos transcritos se deduce que si se trata del reconocimiento de cesantías **definitivas o parciales**, la entidad pública obligada al reconocimiento y pago dispone de un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de solicitud de liquidación de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.

Se observa así mismo que las normas no contemplan ninguna excepción a la aplicación de la sanción y, en tal virtud, cobijan a los servidores públicos de todos los órdenes, dentro de los que se encuentran los docentes, calidad que ostenta la demandante.

5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017¹, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria indicó:

“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.

9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera

¹ Corte Constitucional – Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017, M. P. Dr. Iván Humberto Escrucería Mayolo, Expedientes T-5.799.348, T-5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180.

que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989[71].

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de

sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución”.
(Resaltado fuera del texto original).

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia CE-SUJ-012 SU del 18 de julio de 2018, proferida dentro del proceso No. 73001-23-33-000-2014-00580-01, Demandante Jorge Luis Ospina Cardona, demandados: Nación-Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima **UNIFICÓ** los siguientes aspectos en torno al tema de la sanción moratoria: i) la categoría de servidor público de los docentes ii) la exigibilidad de la sanción por mora iii) salario de liquidación e iv) indexación de la sanción moratoria.

5.5 CASO CONCRETO

El caso en estudio se analizará bajo los criterios de unificación referidos en la sentencia anteriormente mencionada, así:

5.5.1. Categoría de servidora pública de la actora

Afirma la Sección Segunda del Consejo de Estado que “...*los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.*”

En ese sentido, señala que “...a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos, siendo consonante esta posición con la adoptada por la Corte Constitucional...”

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora MARTHA CATALINA TORRES MORA, ostenta la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación de Cundinamarca y que, al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación nacional, IED PÍO X MUNICIPIO DE CHIPAQUE (fl. 9), calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.5.2. Exigibilidad de la sanción moratoria

En la sentencia de unificación referida, se determinaron las siguientes hipótesis para determinar el momento de exigibilidad de la mora, así: Petición sin respuesta (70 días posteriores a la petición) ii) Acto escrito extemporáneo- después de 15 días- (70 días posteriores a la petición) iii) Acto escrito en tiempo, notificado personalmente (55 días posteriores a la notificación) iv) acto escrito en tiempo notificado de forma electrónica (55 días posteriores a la notificación) v) acto escrito en tiempo notificado por aviso (55 días posteriores a la notificación) vi) acto escrito en tiempo sin notificar o notificado fuera de termino (67 días posteriores a la expedición del acto vii) acto escrito –renunció a la notificación (45 días desde la renuncia y viii) acto escrito-interpuso recurso- (45 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso).

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 1894 del 22 de octubre de 2018, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **12 de julio de 2018**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es hasta el **03 de agosto de 2018**; sin embargo la resolución de reconocimiento fue expedida el **22 de octubre de 2018**, esto es, por fuera del término de 15 días, y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles desde el **13 de julio de 2018**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **24 de octubre de 2018**, pago que quedó disposición de la actora desde el **08 de febrero de 2019**, tal como consta en la certificación expedida por la Fiduprevisora S.A. de fecha 07 de junio de 2019, incurriéndose en mora desde el **24 de octubre de 2018 hasta el 07 de febrero de 2019**.

5.5.3. Salario base de liquidación

En la sentencia de unificación se precisó que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria varía según se trate de cesantías parciales o definitivas.

Así, para las cesantías **parciales** será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades.

Por su parte, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las cesantías definitivas, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en la que finalizó la relación laboral, por cuanto

al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas.

Al respecto, siguiendo la línea jurisprudencial que fundamenta la presente decisión, como en el caso que nos ocupa se trata de la sanción originada en el incumplimiento de la entidad demandada respecto de una cesantía **parcial**, la asignación básica salarial a tenerse en cuenta será la percibida para la época en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad.

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de la entidad empleadora comprende dos anualidades (**24 de octubre de 2018 al 07 de febrero de 2019**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de octubre de 2018 a febrero de 2019.

5.5.4. De la indexación de la sanción moratoria. Variación del criterio adoptado por el Despacho.

Al respecto, el Consejo de Estado mediante sentencia que se viene de leer, en punto a la indexación del valor a pagar por sanción moratoria en los casos de docentes, señaló:

“(...) 184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una penalidad económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.

185. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y

presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.

(...)

*187. De acuerdo con lo anterior, las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, **siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.***

*191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, **la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.***

(...)”.

Ahora bien, en sentencia del **26 de agosto de 2019**², dicha Corporación Judicial se ocupó de precisar la frase consignada en la sentencia arriba citada que indica “...*Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.*”, debido a que había lugar a varias interpretaciones, señalando sobre el particular:

“(...)

*No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que *(...)* Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.*(...)*’, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1)si hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2)quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3)aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la*

² Sección Segunda – Subsección “A” Exp. No. 68001-23-33-000-2016-00406-01, No. Interno: 1728-2018, Demandante: Aurora del Carmen Rojas Álvarez Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, M.P. William Hernández Gómez.

sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia -art. 187 -y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

(...)”.

Así las cosas y dado que esta Juzgadora era del criterio que en ningún caso había lugar a la indexación moratoria, varía dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual desde el momento que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia procede la indexación del artículo 187 del C.P.A.C.A.

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **09 de febrero de 2019** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la señora MARTHA CATALINA TORRES MORA el 26 de marzo de 2019, al encontrarse incurso en causal de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada

día de retardo, por el lapso comprendido entre el **24 de octubre de 2018 y el 07 de febrero de 2019.**

El valor del salario es el vigente para los meses de octubre de 2018 a febrero de 2019, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y años.

5.6. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*³; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*⁴; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁵.

De conformidad con la normatividad en mención, la demandante contaba con tres años para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de su cesantía parcial, término que inició a correr a partir de su exigibilidad.

3 ARTICULO 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

4 ARTICULO 102. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

5 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 solo por un lapso igual.

En este sentido, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía parcial, se hizo exigible a partir del **24 de octubre de 2018** y la señora MARTHA CATALINA TORRES MORA formuló reclamación administrativa el **26 de marzo de 2019**, en tanto la demanda se presentó el **06 de noviembre de 2019**, de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.7. COSTAS

Se advierte que, si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta respecto de la petición elevada el **26 de marzo de 2019**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación 2019053926.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el No. **2019053926 del 26 de marzo de 2019** a través de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías parciales.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **MARTHA CATALINA TORRES MORA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 20.476.216 de Chipaque, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **24 de octubre de 2018** y el **07 de febrero de 2019**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para los meses de octubre de 2018 a febrero de 2019, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y años.

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **09 de febrero de 2019 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin condena en costas a cargo de la entidad demandada.

SEXTO: Exhortar a la Ministra de Educación Nacional y al Director del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como sujetos garantes del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes estatales y de la administración de los recursos de dichas prestaciones, respectivamente, que adopten los correctivos necesarios frente a la tardanza que se presenta en el reconocimiento y pago de las cesantías de los educadores y así evitar la sanción moratoria

SÉPTIMO: Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 y 195 del C. P. A. C. A.

OCTAVO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 *ibidem*.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora excepto los ya causados, a petición de la misma.

Notifíquese y Cúmplase

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 015 de hoy 18 de junio de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA BOLÓN CAMACHO Secretaría

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.

Expediente: 2019-00456

018

Juzgado Administrativo

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:

dbc02d8db852c54d88b010ecccfeea6d1a17ced350d2c96ae7e952dc4a67bc17

Documento generado en 15/06/2021 09:38:16 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO DE ORALIDAD ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00460-00**
Demandante: JORGE ISAAC LATORRE LEAL
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

El señor **JORGE ISAAC LATORRE LEAL**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.327.924, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

i) Pretende el demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 19 de enero de 2019, frente a la petición elevada el 19 de octubre de 2018, por medio de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías.

ii) Que se declare que el actor tiene derecho a que la parte demandada le reconozca y pague la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que le hicieron efectivo el pago.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a:

iii) Reconocer y pagar al actor la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que le hicieron efectivo el pago.

iv) Reconocer y pagar al demandante los intereses moratorios que se causen a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia que se profiera en el proceso, hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria reclamada.

v) Dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C. P. A. C. A.

vi) Condenar en costas a la parte demandada conforme con lo estipulado en el artículo 188 del C. P. A. C. A. y el C. G. del P.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones el demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

1.2.2. Que el párrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

1.2.3. Que por laborar como docente en los servicios educativos estatales, el actor le solicitó al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio el día 6 de marzo de 2015, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Que por medio de la Resolución No. 4784 del 4 de septiembre de 2015, le fueron reconocidas las cesantías al actor, las cuales fueron canceladas el **29 de enero de 2016**, por intermedio de entidad bancaria.

1.2.5. Que el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006, estableció que dentro de los 15 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, y el artículo 5° ibídem, contempló que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, a partir del cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales al servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido por el Fondo Nacional de Ahorro.

1.2.6. Que el actor solicitó la cesantía el **6 de marzo de 2015**, siendo el plazo para pagarla el **23 de junio del mismo año**, pero se realizó el **29 de enero de 2016**, por lo que trascurrieron 215 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelarla hasta el momento en que se efectuó el pago.

1.2.7. Que el **19 de octubre de 2018**, el actor solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

1.2.8. Que una vez presentada la reclamación administrativa trascurrieron más de tres meses, sin que la entidad diera respuesta, configurándose el acto ficto o presunto negativo de que trata el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

II NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Sostiene que la entidad demandada al hacer el pago de la cesantía de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ha menoscabado las disposiciones que regulan la materia, por cuanto se ha demorado en algunos eventos 4 o 5 años, para su reconocimiento.

Manifiesta que las Leyes Nos. 244 de 1995 y 1071 de 2006, mediante las cuales se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, establecieron un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor después de expedido el acto administrativo de reconocimiento; sin embargo, pese a que la jurisprudencia ha establecido que el reconocimiento y pago no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el Fondo Prestacional del Magisterio cancela por fuera de los términos establecidos la referida prestación, lo que genera una sanción para la entidad, equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los dichos 65 días.

Refiere que el demandante tiene la calidad de docente nacional o nacionalizado, razón por la cual la prestación fue reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 y, por ende, la sanción moratoria solicitada está a cargo de la entidad demandada.

Agrega que el espíritu de la Ley 1071 de 2006, al establecer un término perentorio para el reconocimiento y pago de la cesantía del actor, está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 70 días después de haber realizado la petición, haciéndose el Fondo Prestacional del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

Aduce que la contabilización adicional de los 10 días, a los 60 días que contempla la ley señalada anteriormente, con el objeto de agotar el procedimiento de reconocimiento y pago de la cesantía, obedece a la necesidad de contabilizar el término necesario para que el acto administrativo que reconoció la prestación quede debidamente ejecutoriado conforme lo establece la ley.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del 30 de abril de 2020, allegado vía correo electrónico el **10 de julio de dicha anualidad**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso como medio exceptivo la **prescripción**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2512 del Código Civil y 151 del Código Procesal del Trabajo.

Sostuvo que, si bien la Constitución Política protege las garantías de los trabajadores y, por ende, estas son irrenunciables e imprescriptibles, no sucede lo mismo con las consecuencias económicas del ejercicio de estos derechos, tal como lo señaló la H. Corte Constitucional en la sentencia C-916 del 16 de noviembre de 2010, la cual se ocupó de citar.

Igualmente, refirió que el Consejo de Estado en la providencia proferida el 15 de febrero de 2018, dentro del expediente No. 2013-00188, se pronunció frente al fenómeno prescriptivo y a través de la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, (CE-SUJ2-004-16), se precisó que el pago de la mora que está a cargo del empleador por el incumplimiento de sus obligaciones, como es el caso de la consignación de las cesantías, son accesorios a dicha prestación y, en ese sentido, se debe dar aplicación al referido artículo 151 del C. P. T., según el cual las acciones prescriben en tres (3) años, contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible.

Afirmó que de las pruebas documentales obrantes en el plenario, se advierte que el demandante elevó la solicitud de las cesantías el **6 de marzo de 2015**, razón por la cual el plazo para su reconocimiento y pago feneció el **23 de junio de dicha anualidad**; sin embargo, fue cancelada el **“19 de octubre de 2018”**, configurándose un total de **219 días de mora**, razón

por la cual operó la prescripción de la acción, en la medida que la reclamación administrativa se presentó hasta el **19 de octubre de 2018**, esto es, 3 años, 3 meses y 27 días posteriores a la exigibilidad del derecho.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora, mediante escrito allegado el **2 de junio de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso: i) la calidad de docente del demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías parciales, iii) el acto mediante el cual se reconoció la cesantía parcial, iv) la fecha en que se le canceló la prestación reconocida y v) la mora en su pago.

Con fundamento en tales presupuestos probatorios, afirma que resulta posible la aplicación al caso concreto de la Ley 1071 de 2006, así como la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, proferida por el Honorable Consejo de Estado.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la entidad demandada, a través de memorial radicado bajo el No. **20211181241521 del 1 de junio de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico el **3 del mismo mes y año**, señaló que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en **219** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por el demandante.

Precisó que la indexación de la sanción moratoria, de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, tiene su fundamento en el fenómeno económico derivado del proceso de la depreciación de la moneda, mientras que la sanción moratoria nace como penalidad por el pago tardío de las cesantías, concluyendo que la

indexación de la sanción moratoria no es procedente de ninguna forma, al no satisfacer las características propias de la depreciación de la moneda y al tener un origen y una finalidad diferente la generación de la sanción mora por pago tardío de las cesantías, de allí que determinó la incompatibilidad de las dos figuras, toda vez que de no ser así se constituiría en una doble sanción para la administración, haciendo más gravosa la situación de la entidad.

De otra parte, manifiesta la imposibilidad que la entidad que representa sea condenada en costas, pues afirma que conforme al artículo 365 del Código General del proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede, máxime cuando los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente.

Afirmó que en el presente caso **operó el fenómeno jurídico de la prescripción**, tal como se consignó en la contestación de la demanda.

4.3. Ministerio Público

Se advierte que el señor Procurador Delegado ante el Despacho no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

5.1.1. Resolución No. 4784 del 4 de septiembre de 2015, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial al demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el **6 de marzo de 2015**.

5.1.2. Derecho de petición radicado bajo el No. **E-2018-159633 del 19 de octubre de 2018**, dirigido al Ministerio de Educación Nacional - Fondo

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual el actor solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora.

5.1.3. Extracto de Intereses a las cesantías del demandante, expedido por la Fiduprevisora S. A., en el que consta que el **29 de enero de 2016**, se realizó el pago ordenado en la Resolución No. 4784 del 4 de septiembre de 2015.

5.1.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 24 de septiembre de 2019, en la Procuraduría 131 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en la providencia proferida el 18 de marzo de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: **i)** si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por el actor el 19 de octubre de 2018 y **ii)** si el demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006

Igualmente, el Despacho determinará si se configuró el fenómeno prescriptivo pese a que en la referida providencia al fijarse el litigio, no se hizo alusión a dicho aspecto.

5.3. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado de la parte actora depreca la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por el demandante **19 de octubre de 2018**, mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso,

que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 19 de octubre de 2018, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

“Artículo 83. Silencio Negativo. *Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.*

(...)”.

5.3.1. NORMATIVIDAD QUE REGULA LA MORA EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS.

Mediante la **Ley 244 del 29 de diciembre de 1995**, se estableció la sanción por el no pago de la cesantía, consistente en una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último por el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía.

Así, el artículo 1° consagra que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley”.*

Por su parte, el artículo 2° dispone: *“La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

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.”

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, “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” estableció en su artículo 4° que “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”. (Negrillas del Despacho)

A su vez, el artículo 5° estableció “**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.”* (Negrillas fuera del texto original)

De los artículos transcritos se deduce que si se trata del reconocimiento de cesantías **definitivas o parciales**, la entidad pública obligada al reconocimiento y pago dispone de un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de solicitud de liquidación de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.

Se observa así mismo que las normas no contemplan ninguna excepción a la aplicación de la sanción y, en tal virtud, cobijan a los servidores públicos de todos los órdenes, dentro de los que se encuentran los docentes, calidad que ostenta el demandante.

5.3.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017¹, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.

9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el

¹ Corte Constitucional – Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017, M. P. Dr. Iván Humberto Escrucería Mayolo, Expedientes T-5.799.348, T-5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180.

régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989[71].

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución". (Resaltado fuera del texto original).

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia CE-SUJ-012 SU del 18 de julio de 2018, proferida dentro del proceso No 73001-23-33-000-2014-00580-01, Demandante Jorge Luis Ospina Cardona, Demandados: Nación-Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima **UNIFICÓ** los siguientes aspectos en torno al tema de la sanción moratoria: i) la categoría de servidor público de los docentes ii) la exigibilidad de la sanción por mora, iii) salario de liquidación e iv) indexación de la sanción moratoria.

5.4. CASO CONCRETO.

El caso en estudio se analizará bajo los criterios de unificación referidos en la sentencia anteriormente mencionada, así:

5.4.1. Categoría de servidor público del actor.

Afirma la Sección Segunda del Consejo de Estado que "...los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la

*Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.”*

En ese sentido, señala que “...a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos, siendo consonante esta posición con la adoptada por la Corte Constitucional...”.

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que el señor Jorge Isaac Latorre Leal, ostenta la calidad de docente vinculado a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios en el establecimiento IED Garcés Navas, calidad que le otorga la condición de servidor público y, por ende, es destinatario de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.4.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

En la sentencia de unificación referida, se determinaron las siguientes hipótesis para establecer el momento de exigibilidad de la mora, así: Petición sin respuesta (70 días posteriores a la petición), ii) acto escrito extemporáneo- después de 15 días- (70 días posteriores a la petición), iii) acto escrito en tiempo, notificado personalmente (55 días posteriores a la notificación), iv) acto escrito en tiempo notificado de forma electrónica (55 días posteriores a la notificación), v) acto escrito en tiempo notificado por aviso (55 días posteriores a la notificación), vi) acto escrito en tiempo sin notificar o notificado fuera de termino (67 días posteriores a la expedición

del acto, vii) acto escrito –renunció a la notificación (45 días desde la renuncia y viii) acto escrito-interpuso recurso- (45 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso).

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 4784 del 4 de septiembre de 2015, el demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **6 de marzo de 2015**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **30 de marzo de la misma anualidad**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **4 de septiembre de 2015**, sea decir, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles desde el **9 de marzo de 2015**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **23 de junio de 2015**, pago que quedó a disposición del actor desde el **29 de enero de 2016**, como consta en el extracto de intereses a las cesantías expedido por la Fiduciaria la Previsora S. A., incurriéndose en mora del **23 de junio de 2015 al el 28 de enero de 2016**.

5.4.3. Salario base de liquidación.

En la sentencia de unificación se precisó que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria varía según se trate de cesantías parciales o definitivas.

Así, para las cesantías **parciales** será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades.

Por su parte, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las cesantías definitivas, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en la que

finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas.

5.4.4. De la indexación de la sanción moratoria. Variación del criterio adoptado por el Despacho.

Al respecto, el Consejo de Estado en la sentencia que se viene de leer, en punto a la indexación del valor a pagar por sanción moratoria en los casos de docentes, señaló:

“(...) 184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una penalidad económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.

185. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.

(...)

*187. De acuerdo con lo anterior, las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, **siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.***

*191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, **la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.***

(...)”.

Ahora bien, en sentencia del **26 de agosto de 2019**², dicha Corporación Judicial se ocupó de precisar la frase consignada en la sentencia arriba

² Sección Segunda – Subsección “A” Exp. No. 68001-23-33-000-2016-00406-01, No. Interno: 1728-2018, Demandante: Aurora del Carmen Rojas Álvarez Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

citada que indica “...Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.”, debido a que había lugar a varias interpretaciones, señalando sobre el particular:

“(..)

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que ‘(...) Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.(...)’; porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1)si hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2)quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3)aqueellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad liquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia -art. 187 -y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

(..)”.

Así las cosas y dado que esta Juzgadora era del criterio que en ningún caso había lugar a la indexación moratoria, varia dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual desde el momento que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia procede la indexación del artículo 187 del C. P. A. C. A.

Ahora bien, sería del caso acceder a las súplicas de la demanda; sin embargo, como se verá en el acápite siguiente, no hay lugar al reconocimiento y pago de la sanción moratoria deprecada, dado que se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva del derecho.

5.5. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará la excepción de **prescripción**, propuesta por la entidad demandada, bajo las siguientes consideraciones:

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 “*por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales*”, indicó:

“ARTÍCULO 41. *Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.*

Por su parte, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, señaló:

“ARTÍCULO 102.- PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

A su turno, el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, contempló:

“ARTICULO 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 {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”*

Ahora bien, el H. Consejo de Estado en Sentencia del 23 de septiembre de 2010³, sobre el fenómeno prescriptivo advirtió:

“(…)

Prescripción de Derechos

³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado -Sección Segunda – Subsección “B”, C. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Sentencia del 23 de septiembre de 2010, radicación No. 47001-23-31-000-2003-00376-01(1201-08).

La prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva.

La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual esta fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados so pena de perder dicha administración”.

Así las cosas, no queda duda que el término en que se configura la prescripción extintiva es de tres (3) años, contados a partir de la fecha en que se haya hecho exigible el derecho, la cual se interrumpe con la simple reclamación escrita ante la entidad, pero por un lapso igual; esto es 3 años contados a partir de la solicitud.

En el caso particular del señor Jorge Isaac Latorre Leal, se encuentra debidamente acreditado que presentó la petición de liquidación de sus cesantías parciales ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación de Bogotá el **6 de marzo de 2015** y que el pago debió realizarse a más tardar el **23 de junio de dicho año**, fecha desde la cual se hizo exigible el derecho del actor a solicitar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, por lo que contaba con tres (3) años para deprecar el derecho reclamado ante la entidad demandada, esto es, hasta el **23 de junio de 2018**, término que se interrumpía por una sola vez, con la reclamación administrativa, al tenor de lo establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

No obstante lo anterior, la parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías el **19 de octubre de 2018**, superado el término de tres (3) años que dispone la norma para que opere el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva del derecho, razón por la cual, debe declararse probada la referida excepción y, en consecuencia, denegar las pretensiones de la demanda.

5.6. COSTAS

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso, contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la

medida de su comprobación, lo cierto es que, en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandante en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, propuesta por la entidad demandada.

SEGUNDO: DENEGAR las súplicas de la demanda conforme a lo expuesto en la presente providencia.

TERCERO: Sin condena en costas a cargo de la parte demandante.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso al actor excepto los ya causados, a petición del mismo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 015, de hoy 18 de junio de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CARACHO Registrada

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

018

Juzgado Administrativo

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:

70f4f9f80bf404e560191bdb60bb2f62ed3e81b3adb04d21721ab3045703df75

Documento generado en 15/06/2021 10:46:05 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso:	11-001-33-35-018- 2019 -00 461 -00
Demandante:	GLORIA INÉS PERDOMO LOSADA
Demandado:	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Asunto:	SENTENCIA

La señora **GLORIA INÉS PERDOMO LOSADA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 26.431.767, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Pretende la actora que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 28 de mayo de 2019, frente a la petición radicada el 28 de febrero de 2019 con relación al reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de las cesantías, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora a la demandante, establecida en la Ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

A su vez, pretende que se declare que la demandante tiene derecho a que el 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 en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a:

(i) Reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006 a la demandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

(ii) Dar cumplimiento al fallo que se dicte, en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.).

(iii) Reconocer y pagar los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reconocida en la sentencia.

(iv) Se condene en costas de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) y en el Código General del Proceso.

1.2. HECHOS.

Para sustentar las pretensiones la demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que la actora, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, le solicitó al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el día 12 de enero de 2017 el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.2. Que mediante la Resolución No. 5336 del 21 de julio de 2017 expedida por la Directora de Talento Humano de la Secretaría de Educación del Distrito, le fue reconocida a la demandante la cesantía solicitada.

1.2.3. Que la cesantía reconocida fue cancelada el 26 de diciembre de 2017, por intermedio de entidad bancaria, siendo el plazo para cancelarla el día 25 de abril de 2017, por lo que transcurrieron 200 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles con que contaba la entidad para cancelarla, hasta el momento en que se efectuó el pago.

1.2.4. Que el 28 de febrero de 2019 la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía a la entidad convocada y esta resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó, de conformidad con el procedimiento administrativo, a solicitar a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial con el objeto de llegar a acuerdos sobre las pretensiones; situación que no fue posible.

1.2.5. Que una vez presentada la reclamación administrativa, transcurrieron más de tres meses, sin que la entidad diera respuesta, configurándose el acto ficto o presunto negativo de que trata el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidas las leyes 91 de 1989, artículos 5 y 15; 244 de 1995, artículos 1 y 2; y 1071 de 2006, artículos 4 y 5.

Sostiene que la entidad demandada al hacer el pago de la cesantía de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ha menoscabado las disposiciones que regulan la materia, por cuanto se ha demorado en algunos eventos 4 o 5 años para su reconocimiento.

Manifiesta que las Leyes Nos. 244 de 1995 y 1071 de 2006, mediante las cuales se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y

definitivas de los servidores públicos, establecieron un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor después de expedido el acto administrativo de reconocimiento; sin embargo, pese a que la jurisprudencia ha establecido que el reconocimiento y pago no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el Fondo Prestacional del Magisterio cancela por fuera de los términos establecidos la referida prestación, lo que genera una sanción para la entidad, equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 65 días hábiles, después de haber radicado la solicitud.

Refiere que la demandante tiene la calidad de docente nacional o nacionalizada, razón por la cual la prestación fue reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 y, por ende, la sanción moratoria solicitada está a cargo de la entidad demandada.

Agrega que el espíritu de la Ley 1071 de 2006, al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía de la actora, está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 65 días después de haber realizado la petición, haciéndose el Fondo Prestacional del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

Aduce que el lapso de los 65 días o los 60 días que contempla la Ley 1071 de 2006, con el objeto de agotar el procedimiento de reconocimiento y pago de la cesantía, obedece a la necesidad de contabilizar el término necesario para que el acto administrativo que reconoció la prestación quede debidamente ejecutoriado conforme lo establece la ley.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada, a través de escrito del **10 de julio de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso la excepción de **“Improcedencia de la condena en costas”** pues afirma que, conforme al artículo 365 del Código General del

proceso, solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede entonces la condena.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte Demandante

El apoderado de la parte actora, mediante escrito remitido el **02 de junio de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso: i) la calidad de docente de la demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías parciales, iii) el acto mediante el cual se reconoció a la actora la cesantía parcial, iv) la fecha en que se le canceló la prestación reconocida, y v) la mora en el pago de la prestación.

Con fundamento en tales presupuestos probatorios afirma que resulta posible la aplicación al caso concreto de la Ley 1071 de 2006, así como la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, proferida por el Honorable Consejo de Estado.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante escrito allegado el **03 de junio de 2021**, vía correo electrónico, señaló que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en **240** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

No obstante lo anterior, solicita no acceder a la indexación de la sanción moratoria, de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, jurisprudencia que determinó que la indexación tiene su fundamento en el fenómeno económico derivado del proceso de la depreciación de la moneda, mientras que la sanción moratoria nace como penalidad por el pago tardío de las cesantías, concluyendo que la

indexación de la sanción moratoria no es procedente de ninguna forma, al no satisfacer las características propias de la depreciación de la moneda y al tener un origen y una finalidad diferente la generación de la sanción mora por pago tardío de las cesantías, de allí que determinó la incompatibilidad de las dos figuras toda vez que, de no ser así, se constituiría en una doble sanción para la administración, haciendo más gravosa la situación de la entidad.

De otra parte, reitera la imposibilidad de que la entidad que representa sea condenada en costas, pues afirma que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede, máxime cuando los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos.

4.3. Ministerio Público.

Se advierte que el señor Procurador Delegado ante el Despacho no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

5.1.1. Derecho de petición elevado el 28 de febrero de 2019, con radicado No. E-2019-40846, ante el Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual la demandante, a través de apoderado, deprecó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, así como la indexación sobre el monto de la sanción, hasta la fecha en que se efectúe el pago (fls. 11 a 12).

5.1.2. Resolución No. 5336 del 21 de julio de 2017, a través de la cual la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá le reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 12 de enero de 2017 (fls. 14 a 15).

5.1.3. Extracto de intereses a las cesantías del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduciaria la Previsora S.A., donde consta que el pago de la cesantía parcial reconocida a la demandante mediante Resolución No. 5336 quedó a su disposición el 26 de diciembre de 2017 (fl. 16).

5.1.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 03 de octubre de 2019, ante la Procuraduría 119 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida y cuya constancia fue expedida ese mismo día (fls. 17 a 18).

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el día 28 de febrero de 2019; ii) si esta tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamadas.

5.3. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

El apoderado de la parte actora depreca la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por la demandante el 28 de febrero de 2019 (fls. 11 a 12), mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles, después de haber radicado la solicitud de cesantías y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el 28 de febrero de 2019 (fls. 11 a 12), tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

“Artículo 83. Silencio Negativo. *Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.*

(...)”.

5.3.1. NORMATIVIDAD QUE REGULA LA MORA EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS.

Mediante la **Ley 244 del 29 de diciembre de 1995**, se estableció la sanción por el no pago de la cesantía, consistente en una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último por el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía.

Así, el artículo 1° consagra que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley”.*

Por su parte, el artículo 2° dispone: *“La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

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.”

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, *“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” estableció en su artículo 4° que “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 petitionarios, 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”. (Negrillas del Despacho).

A su vez, el artículo 5° estableció “**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.” (Negrillas fuera del texto original).

De los artículos transcritos se deduce que, si se trata del reconocimiento de cesantías **definitivas o parciales**, la entidad pública obligada al reconocimiento y pago dispone de un término de quince (15) días hábiles, a partir de la fecha de solicitud de liquidación de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.

Se observa así mismo que las normas no contemplan ninguna excepción a la aplicación de la sanción y, en tal virtud, cobijan a los servidores públicos de todos los órdenes, dentro de los que se encuentran los docentes, calidad que ostenta la demandante.

5.3.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017¹, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.

9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989.

¹ Corte Constitucional – Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017, M. P. Dr. Iván Humberto Escrucera Mayolo, Expedientes T-5.799.348, T- 5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180.

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) **Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.**

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) **Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución**". (Resaltado fuera del texto original).

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia CE-SUJ-012 SU del 18 de julio de 2018, proferida dentro del proceso No. 73001-23-33-000-2014-00580-01, Demandante Jorge Luis Ospina Cardona, Demandados: Nación-Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima, **UNIFICÓ** los siguientes aspectos en torno al tema de la sanción moratoria: i) la categoría de servidor público de los docentes, ii) la exigibilidad de la sanción por mora iii) salario de liquidación e iv) indexación de la sanción moratoria.

5.4. CASO CONCRETO.

El caso en estudio se analizará bajo los criterios de unificación referidos en la sentencia anteriormente mencionada, así:

5.4.1. Categoría de servidora pública de la actora

Afirma la Sección Segunda del Consejo de Estado que “...los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.”

En ese sentido, señala que “...a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos, siendo consonante esta posición con la adoptada por la Corte Constitucional...”.

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora GLORIA INÉS PERDOMO LOSADA, ostenta la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá y que, al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación distrital – Sistema General de Participaciones, IED CIUDADELA EDUCATIVA BOSA (fl. 14), calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.4.2. Exigibilidad de la sanción moratoria

En la sentencia de unificación referida, se determinaron las siguientes hipótesis para establecer el momento de exigibilidad de la mora, así: i) petición sin respuesta (70 días posteriores a la petición); ii) acto escrito extemporáneo –después de 15 días– (70 días posteriores a la petición); iii) acto escrito en tiempo, notificado personalmente (55 días posteriores a la notificación); iv) acto escrito en tiempo notificado de forma electrónica (55

días posteriores a la notificación); v) acto escrito en tiempo notificado por aviso (55 días posteriores a la notificación); vi) acto escrito en tiempo sin notificar o notificado fuera de término (67 días posteriores a la expedición del acto; vii) acto escrito –renunció a la notificación– (45 días desde la renuncia; y viii) acto escrito –interpuso recurso– (45 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso).

Ahora bien, según se lee de la Resolución No. 5336 del 21 de julio de 2017 (fls. 14 a 15), la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **12 de enero de 2017**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **02 de febrero de 2017**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **21 de julio de 2017**, esto es, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **13 de enero de 2017**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **25 de abril de 2017**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **26 de diciembre de 2017**, como consta en el extracto de intereses a las cesantías del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduciaria la Previsora S.A., obrante a folio 16 del expediente incurriéndose en mora del **25 de abril de 2017 al 25 de diciembre de 2017**.

5.4.3. Salario base de liquidación

En la sentencia de unificación se precisó que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria varía según se trate de cesantías parciales o definitivas.

Así, para las cesantías parciales será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades.

Por su parte, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de

la entidad pública respecto de las cesantías definitivas, la asignación básica salarial tomada en cuenta será la percibida para la época en la que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas.

Al respecto, siguiendo la línea jurisprudencial que fundamenta la presente decisión, como en el caso que nos ocupa se trata de la sanción originada en el incumplimiento de la entidad demandada respecto de una cesantía **parcial**, la asignación básica salarial a tenerse en cuenta será la percibida para la época en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad.

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de la entidad empleadora comprende una anualidad (**25 de abril al 25 de diciembre de 2017**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de abril a diciembre de 2017.

5.4.4. De la indexación de la sanción moratoria. Variación del criterio adoptado por el Despacho

Al respecto, el Consejo de Estado en la sentencia que se viene de leer, en punto a la indexación del valor a pagar por sanción moratoria en los casos de docentes, señaló:

“(...) 184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una penalidad económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.

185. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.

(...)

187. De acuerdo con lo anterior, las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, **siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.**

191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, **la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.**

(...)

Ahora bien, en sentencia del **26 de agosto de 2019**², dicha Corporación Judicial se ocupó de precisar la frase consignada en la sentencia arriba citada que indica “...Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.”, debido a que había lugar a varias interpretaciones, señalando sobre el particular:

“(...)

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “(...) Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.(...)”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) si hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una

² Sección Segunda – Subsección “A” Exp. No. 68001-23-33-000-2016-00406-01, No. Interno: 1728-2018, Demandante: Aurora del Carmen Rojas Álvarez Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, M.P. William Hernández Gómez.

suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia -art. 187 -y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

(...)”.

Así las cosas y dado que esta Juzgadora era del criterio que en ningún caso había lugar a la indexación moratoria, varía dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual desde el momento que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia procede la indexación del artículo 187 del C.P.A.C.A.

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **27 de diciembre de 2017** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la señora GLORIA INÉS PERDOMO LOSADA el 28 de febrero de 2019, al encontrarse incurso en causal de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **25 de abril y el 25 de diciembre de 2017**.

El valor del salario es el vigente para los meses de abril a diciembre de 2017, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

5.5. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la

prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 “*Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales*”³; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 “*Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968*”⁴; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁵.

De conformidad con la normatividad en mención, la demandante contaba con tres años para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de su cesantía parcial, término que inició a correr a partir de su exigibilidad.

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía parcial, se hizo exigible a partir del **25 de abril de 2017** y la señora GLORIA INÉS PERDOMO LOSADA formuló reclamación administrativa el **28 de febrero de 2019** (fls. 11 a 12), en tanto la demanda se presentó el **12 de noviembre de 2019** (fl. 19), de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.6. COSTAS

Se advierte que, si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que, en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe, por lo cual no se condenará en costas.

³ **ARTICULO 41.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

⁴ **ARTICULO 102.** PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

⁵ **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 solo por un lapso igual.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta respecto de la petición elevada el **28 de febrero de 2019**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2019-40846.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el número **E-2019-40846 el 28 de febrero de 2019**, a través de la cual la demandante, a través de apoderado, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías parciales.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **GLORIA INÉS PERDOMO LOSADA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 26.431.767, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **25 de abril y el 25 de diciembre de 2017**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para los meses de abril a diciembre de 2017, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **27 de diciembre de 2017 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin condena en costas a cargo de la entidad demandada.

SEXTO: Exhortar a la Ministra de Educación Nacional y al Director del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como sujetos garantes del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes estatales y de la administración de los recursos de dichas prestaciones, respectivamente, que adopten los correctivos necesarios frente a la tardanza que se presenta en el reconocimiento y pago de las cesantías de los educadores y así evitar la sanción moratoria.

SÉPTIMO: Por Secretaría dese cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 ibídem.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora excepto los ya causados, a petición de la misma.

Notifíquese y Cúmplase

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ**

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 2019-00461*

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 015 de hoy 18 de junio de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

Mpg.

Firmado Por:

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ
JUEZ**

JUZGADO 018 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

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

*Código de verificación: **1b6161eb82dbcb081be3bf1c3a8f696d0b33b7077fa153c9254c096c18652787**
Documento generado en 10/06/2021 11:15:52 AM*

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO DE ORALIDAD ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11001-33-35-018-**2019**-00**501**-00
Demandante: **MARÍA ELENA GÓMEZ BERNAL**
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **MARÍA ELENA GÓMEZ BERNAL**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.749.363 de Bogotá, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

1.1.1. Pretende la demandante que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 8923 del 13 de septiembre de 2019, por medio de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial.

1.1.2. Que se declare que a futuro a la actora le asiste el derecho a que sus cesantías se liquiden y paguen retroactivamente, de conformidad con la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 de la misma anualidad, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, la demandante solicitó que se condene a la entidad demandada a:

1.1.3. Reconocer y pagar la cesantía parcial de forma retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente y liquidada sobre el último salario devengado, con la totalidad de los factores salariales.

1.1.4. Pagar el valor de las diferencias que resulten entre los valores efectivamente cancelados, conforme al acto administrativo señalado precedentemente, con el resultante de la reliquidación por concepto de cesantía parcial retroactiva, con los correspondientes reajustes de ley.

1.1.5. Dar cumplimiento al fallo, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2° del artículo 192 y los numerales 1 a 3 del artículo 195 del C. P. A. C. A.

1.1.6. Incorporar los ajustes de valor sobre las sumas adeudadas, conforme al IPC o al por mayor, con fundamento en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

1.1.7. Reconocer y pagar los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas, conforme con lo estipulado en el párrafo 3° del artículo 192 del C. P. A. C. A. y el numeral 4° del artículo 1995 *ejusdem*.

1.1.8. Pagar las costas, al tenor de lo preceptuado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

1.2 HECHOS

Para sustentar las pretensiones la demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1 Que ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida al Distrito Capital de Bogotá, desde el 17 de julio de 1995 y hasta la fecha en que solicitó el reconocimiento de las cesantías parciales, como docente de vinculación distrital – recursos propios.

1.2.2 Que el 26 de agosto de 2019, le solicitó a la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales.

1.2.3 Que mediante la Resolución No. 8923 del 13 de septiembre de 2019, la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones

Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la señora María Elena Gómez Bernal, en cuantía de \$18.800.000,00 m/cte., acto administrativo que fue notificado el 18 de septiembre de la misma anualidad.

1.2.4 Que el 11 de octubre de 2019, presentó solicitud a la Procuraduría Delegada ante los Juzgados Administrativos y el 29 de noviembre de dicho año, se declaró fallida la audiencia de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 58, 67 y 122 de la Constitución Política; 12 y 17 (literal a) de la Ley 6ª de 1945; 1º del Decreto 2767 de 1945; 1º de la Ley 65 de 1946; 1º, 2º, 5º y 6º del Decreto 1160 de 1947; 89 del Decreto 1848 de 1969; 5, 40 y 45 del Decreto 1045 de 1978; 7º y 9º del Decreto 2563 de 1990; 2º (literal a) de la Ley 4ª de 1992; 6º de la Ley 60 de 1993; 176 de la Ley 115 de 1994; 5º del Decreto 196 de 1995; 13 de la Ley 344 de 1996; 1º del Decreto 1582 de 1998; 5º (parágrafo) de la Ley 1071 del 2006, estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

Señaló que las cesantías de los docentes territoriales se liquidaban bajo el régimen de retroactividad y para su cómputo se debía tener en cuenta el salario básico y los factores salariales que percibieran a cualquier otro título y que implicaran directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios.

Indicó que la ley 91 de 1989, modificó la tasación de dicha prestación social a los docentes; sin embargo, la entidad demandada no comprendió que con la expedición de dicha ley se mantuvo intacto el régimen de cesantías equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcional por facción de año laborado.

Precisó que con la expedición de la Ley 60 de 1993, se conservaron los derechos adquiridos y el respeto al régimen prestacional vigente en cada entidad territorial para los docentes departamentales, municipales o distritales, normatividad que fue trasgredida por la entidad demandada, con

la expedición del acto que se debate su legalidad en la presente controversia, pues si bien la Ley 91 de 1989, estableció de manera genérica un nuevo sistema de liquidación de las cesantías, el Congreso de la República y el Ejecutivo han reglamentado de manera especial lo concerniente a dicha prestación, asegurando de manera vehemente que los referidos docentes que se hubiesen vinculado antes del 31 de diciembre de 1996, conservan el sistema retroactivo de liquidación.

Sostuvo que la entidad demandada desconoció el artículo 13 de Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, toda vez que el legislador previó la existencia del régimen retroactivo de cesantías (tanto parciales como definitivas) para los empleados públicos del orden territorial, como quiera que con posterioridad al 1° de enero de 1997, surge un nuevo esquema en la liquidación de las prestaciones sociales, imponiéndose una liquidación anualizada; no obstante, aquellos docentes vinculados con anterioridad a dicha normativa conservarán el régimen retroactivo de liquidación, es decir, con el último salario devengado se liquida sobre la totalidad del tiempo de servicio prestado.

Indicó que a la demandante le asiste el derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague las cesantías que le fueron reconocidas y las que le correspondan a futuro, en virtud de lo contenido en las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946 y los el Decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947, que consagran su pago en forma retroactiva.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del 29 de julio de 2020, allegado vía correo electrónico el **30 del mismo mes y año**¹, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expresó las siguientes razones de defensa:

Sostuvo que la Ley 91 de 1989, no solo reguló lo concerniente al personal nacionalizado y nacional existente para la fecha, sino a todos aquellos docentes que se vincularan a partir del 1 de enero de 1990, sin hacer

¹ Se tiene en cuenta el día siguiente, toda vez que fue enviado el “29 de julio de 2020 **9:37 p.m.**” – negrita del Despacho.

distinción respecto de la modalidad de vinculación, es decir, que hace referencia a cualquier docente incluyendo a los territoriales.

Indicó que los docentes vinculados a partir de la referida fecha, quedaron sujetos a las disposiciones previstas en dicha norma, como son las prestaciones económicas, sociales, pensiones y cesantías, pues aquella crea un régimen especial para estos empleados.

Manifestó que la demandante se vinculó como docente el **17 de julio de 1995**, razón por la cual el régimen aplicable para la liquidación de las cesantías, es el anual y, por ende, no se encuentra fundamento fáctico ni jurídico que pueda desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo acusado.

De otro lado, propuso la excepción de "**LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD**", al afirmar que el acto administrativo emitido por la entidad, se encuentra ajustado a derecho, por cuanto se profirió en estricto cumplimiento de las normas legales vigentes y aplicables a la demandante, sin que se encuentre viciado de nulidad alguna.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Parte demandante

El apoderado de la parte demandante, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **28 de mayo de 2021**, solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda, toda vez que el acto administrativo demandado no hace alusión al estudio de la normatividad especial que reguló las vinculaciones de los docentes con posterioridad al 1º de enero de 1990, en especial lo establecido en los artículos 6º de la Ley 60 de 1993 y 5º del Decreto Reglamentario 196 de 1995, 115 de la Ley 115 de 1994, 13 de la Ley 344 de 1996 y 1º del Decreto Reglamentario 1582 de 1998.

Indicó que la entidad demandada desconoce la totalidad de los tiempos de servicio prestados por la demandante, ya que esta se vinculó desde el 17 de julio de 1995 de manera ininterrumpida en el Distrito Capital, en el cargo de docente y a efectos de liquidar su cesantía parcial se tomó como fecha de

ingreso al magisterio oficial, el nombramiento efectuado a través de la “Resolución No. 469 - 27/JUN/1995”.

Aludió que la demandante fue nombrada en propiedad conforme a acto administrativo suscrito por el representante legal de una entidad territorial (no el Ministerio de Educación Nacional) y los certificados allegados al expediente, denotan claramente que la docente se vinculó en el orden distrital – recursos propios y nacional o nacionalizado por incorporación.

Precisó que hasta el año de 1995 a los docentes territoriales se les permitió la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con la condición de respetar, en todo caso, el régimen prestacional vigente al momento de afectarse la misma, tal como se dispuso en el artículo 5° del decreto 196 del 25 de enero de 1995, por el cual se reglamentó parcialmente el artículo 6° de la ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la ley 115 de 1994.

Refirió que en el caso bajo estudio debe aplicarse el sistema de retroactividad de las cesantías para los empleados del orden territorial y que estuvo vigente hasta la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, que cambió la forma de liquidar esta prestación para todos los servidores, que a su vez fue reglamentada por el artículo 5° del decreto de 1582 de 1998, en la medida que a los docentes territoriales, nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, se les debe respetar la liquidación de las cesantías de manera retroactiva y que equivalen a un mes de salario por cada año de servicio o proporcional por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los tres últimos meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año (ley 6° de 1945).

Finalmente, reiteró los argumentos expuestos en el concepto de violación del libelo demandatorio y citó jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado, sobre el tema objeto de debate y respecto a la condena en costas.

4.2 Parte demandada

La apoderada de la entidad demandada, mediante memorial radicado bajo el No. **20211181200691 del 30 de mayo de 2021**, allegado vía correo electrónico el **31 del mismo mes y año**, reiteró los argumentos expuestos en

la contestación de la demanda y solicitó se denieguen las pretensiones incoadas, dado que con la vigencia de la Ley 91 de 1989, se buscó unificar el régimen prestacional de los docentes, sin tener en cuenta la forma de vinculación (nacional, nacionalizado o territorial); sin embargo, en virtud de la protección de los derechos adquiridos, se determinó que los docentes territoriales y nacionalizados mantendrían el régimen prestacional que venían devengando, siempre y cuando su vinculación se hubiera efectuado con anterioridad al 31 de diciembre de 1989.

Señaló que la Ley 91 de 1989, reguló no solo lo concerniente al personal nacionalizado y nacional existente para la fecha, sino a todos aquellos docentes que se vincularan a partir del 1 de enero de 1990, sin hacer distinción respecto de la modalidad y así se desprende del contenido expreso del artículo 15, cuando señala que **“...a partir de la vigencia de la presente ley el personal docente nacional y nacionalizado que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones...”**; de ahí que al operador jurídico no le es permitido restringir de manera alguna la expresión *“que se vincule”* a una forma particular de ingreso al servicio público educativo oficial, pues como bien es sabido, donde el legislador no distingue, al intérprete no le es permitido hacerlo.

Sostuvo que el legislador al crear la norma legal (Ley 91 de 1989) distinguió tres clases de vinculación del personal docente y, en consecuencia, cuando el artículo 15 se refiere a docentes nacionales y nacionalizados y *“(...) El que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 (...)”*, sin atisbo de duda, se concluye que hace referencia a cualquier docente incluyendo a los territoriales.

Afirmó que los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, quedaron sujetos a las disposiciones que sobre prestaciones económicas, sociales, pensiones y cesantías tiene previsto dicha normatividad, pues aquella crea un régimen especial para estos empleados y en el presente asunto se observa que para la fecha en que ingresó a prestar sus servicios la actora, el régimen aplicable para la liquidación de la cesantía corresponde al anual.

4.3 Ministerio Público

Se advierte que el señor Procurador Delegado ante el Despacho no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1 DECISIÓN DE EXCEPCIONES

Frente a la excepción de **“LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD”**, este Despacho considera que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda, sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impide resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

5.2 HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

5.2.1 Resolución No. 469 del 27 de junio de 1995, a través de la cual se nombró como docente de tiempo completo, entre otros, a la actora.

5.2.2 Acta del 14 de julio de 1995, mediante la cual la actora tomó posesión del cargo de docente para el cual fue nombrada en propiedad por la Resolución No. 469 del 27 de junio de 1995, con fecha de **efectividad del 17 de julio de 1995.**

5.2.3 Resolución No. 504 del 18 de febrero de 2011, por la cual se hacen unos nombramientos en periodo de prueba en la planta de personal docente de la Secretaría de Educación del Distrito Capital, entre ellos, a la demandante.

5.2.4 Acta No. 005484 del 21 de febrero de 2011, mediante la cual la actora tomó posesión del cargo de directivo docente coordinador en la planta de cargos de personal docente, según Resolución No. 504 del 18 de febrero de 2011.

5.2.5 Resolución No. 040 del 13 de enero de 2012, por la cual se hacen unos nombramientos en propiedad en la planta de personal docente de la Secretaría de Educación del Distrito Capital, entre ellos, a la actora.

5.2.6 Formato Único para Expedición de Certificado de salarios, correspondientes a la demandante, de los años 2018 y 2019, expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá.

5.2.7 Formato Único para Expedición de Certificado de Historia Laboral de la actora, en el que consta que se vinculó como docente **territorial** (subtipo distrital), desde el **17 de julio de 1995**.

5.2.8 Resolución No. 0377 del 3 de febrero de 2016, a través de la cual la Secretaría de Educación Distrital le reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la señora María Elena Gómez Bernal, correspondiente al tiempo de servicio por el periodo comprendido entre el 17 de julio de 1995 y el 30 de diciembre de 2014.

5.2.9 Formato de solicitud de cesantía parcial, radicado bajo el No. E-2019-137372 del 26 de agosto de 2019, ante la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual la actora deprecó el reconocimiento de retroactividad en las cesantías.

5.2.10 Resolución No. 8923 del 13 de septiembre de 2019, por medio de la cual la Secretaría de Educación Distrital le reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la señora María Elena Gómez Bernal, correspondiente al tiempo de servicio por el periodo comprendido entre el 17 de julio de 1995 y el 30 de diciembre de 2018, descontando lo que percibió por dicho concepto, en virtud de las Resoluciones Nos. 5613 del 24 de octubre de 2007, 0407 del 12 de enero de 2012 y 0377 del 3 de febrero de 2016.

5.2.11 Copia de la cédula de ciudadanía de la señora María Elena Gómez Bernal.

5.2.12 Conciliación extrajudicial, llevada a cabo el día 29 de noviembre de 2019, en la Procuraduría 195 Judicial I delegada para asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida.

5.3 PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó en la providencia del 18 de marzo de 2021, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en establecer si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la retroactividad de las cesantías, de acuerdo con el régimen aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

5.3.1 DEL RÉGIMEN DE CESANTÍAS APLICABLE A LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

El auxilio de cesantía fue consagrado en la Ley 6° de 1945, artículo 17; en la Ley 65 de 1946, artículo 1°; en el Decreto 2567 de 1946, artículo 1° y en el Decreto 1160 de 1947, artículo 1°, normatividad aplicable a todos los empleados al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, así como a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios; entre ellos, el personal docente la cual contemplaba la retroactividad de dicha prestación social.

Ahora bien, la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989 “*por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, estableció la diferencia entre docentes nacionales y nacionalizados, de la siguiente manera:

“Artículo 1°.- Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. *Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*

Personal territorial. *Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.*

(...)” (negrilla fuera del texto original).

Por su parte, el artículo 15 ibídem, asignó al mencionado fondo la obligación de pagar las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, incluidas las cesantías, así:

“Artículo 15°.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

(...).

3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”
(negrilla y subrayado fuera del texto original).

De la preceptiva trascrita, se colige que respecto a las prestaciones económicas y sociales los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, **mantendrán** el régimen que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes y los docentes

nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, se **regirán** por las normas vigentes aplicables a los empleados del orden nacional.

Ahora bien, respecto a la liquidación de las cesantías la norma previó que: **i)** para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el fondo pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses o del salario promedio del último año y **ii)** para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990 y los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, el fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad.

5.4 CASO CONCRETO

Del Formato Único para expedición de Certificados de Historia Laboral, se advierte que la actora se vinculó como docente territorial en la IED Montebello desde el **17 de julio de 1995**, razón por la cual, de conformidad con el marco normativo líneas atrás expuesto, se encuentra dentro de las previsiones del inciso segundo del numeral 1° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en razón a que se vinculó como docente **territorial**, con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, por lo que se rige para efectos prestacionales por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional y no como lo pretende la parte actora en la presente controversia, conforme con lo dispuesto en las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

Así las cosas, como la vinculación de la señora María Elena Gómez Bernal fue en calidad de **docente territorial** la cual tuvo lugar con posterioridad a la Ley 91 de 1989 (17 de julio de 1995), en cuanto al régimen de cesantías se encuentra cobijada por el literal B del numeral 3° del artículo 15 de dicha disposición legal, esto es, al reconocimiento y pago de un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, **liquidadas anualmente y sin retroactividad.**

Al respecto, el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, C.P. Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia del 25 de marzo de 2010², señaló:

“Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

*En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes **nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.**”* (Negrilla fuera del texto original).

En el mismo sentido, se pronunció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “D”, en providencia del 12 de noviembre de 2015, M. P. Dr. Cerveleón Padilla Linares, al discurrir:

*“De los preceptos normativos traídos a colación, se puede establecer que los docentes gozan de un régimen prestacional especial, el cual determinó que el personal que se vincule al servicio de la educación de manera posterior a la entrada en rigor de la Ley 91 de 1989, esto es, a partir del 31 de diciembre de 1989, tendrán derecho al reconocimiento y pago de sus cesantías liquidadas anualmente y **sin retroactividad.**”*

De la manera antes anotada, lo dispuso la H. Corte Constitucional mediante sentencia C – 928 de 2006, providencia en la que respecto al tema de la retroactividad en el pago de las cesantías, dispuso:

‘De igual manera, es preciso señalar que las prestaciones sociales que paga el Fondo son las que reconozcan la Nación y las entidades territoriales, prestando asimismo servicios de salud a sus afiliados.

*Así las cosas, en cuanto a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, conservan su régimen retroactivo; **por el contrario, a partir del 1º de enero de 1990, para los docentes del orden nacional y demás vinculados a partir de esa fecha, las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a***

² Radicación número: 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09).

31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

*En suma, **en materia prestacional los docentes cuentan con régimen especial, gestionado por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, organismo que, mediante la celebración de un contrato de fiducia, atiende las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías**, para lo cual efectúa el pago de las prestaciones económicas y garantiza la prestación de los servicios médico-asistenciales, amén de administrar el recaudo de los recursos destinados a tales fines. En otras palabras, y contrario a lo sostenido por la demandante, **el régimen especial de los docentes en Colombia no se encamina a discriminarlos sino a protegerlos y favorecerlos**, dada la importante labor que desempeñan para la sociedad y el Estado”* (negrillas del texto original y subrayado del Despacho).

Ahora bien, afirma la parte actora que la entidad demandada trasgrede las disposiciones contenidas en la Ley 344 del 27 de diciembre de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, que previó la existencia del régimen retroactivo de cesantías tanto parciales como definitivas para los empleados públicos vinculados con anterioridad a dicha normatividad, circunstancia que se predica de la señora María Elena Gómez Bernal, al haberse vinculado en calidad de docente territorial.

Sobre el particular, advierte el Despacho que la Ley 344 de 1996, reguló el régimen de las cesantías de **los servidores públicos del nivel territorial, el cual no cubre al personal docente**, pues los mismos gozan del régimen especial que contempló la Ley 91 de 1989, máxime cuando la misma Ley 344 de 1996, exceptuó de su aplicación al personal docente al señalar que “*sin perjuicio*” de los derechos convencionales y **lo estipulado en la Ley 91 de 1989**, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán derecho a la liquidación de la cesantías con aplicación de las normas legales vigentes sobre la materia.

En ese sentido, se colige que, si bien la actora se vinculó con anterioridad a la vigencia de la Ley 344 de 1996, lo cierto es que, por su **calidad de docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentra bajo las previsiones de la Ley 91 de 1989, la cual expresamente señaló que a los docentes vinculados como territoriales,**

se les aplicará un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

En consecuencia, se denegarán las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo demandado.

5.5 COSTAS.

Se advierte que, si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la demandante en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR las súplicas de la demanda, por las consideraciones realizadas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas a cargo de la parte demandante.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la demandante excepto los ya causados, a petición de la misma.

Notifíquese y cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ

JUEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO DIECIOCHO DE ORALIDAD ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-2019-00379-00
Demandante: MARINA CÓRDOBA SALGADO
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **MARINA CÓRDOBA SALGADO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.659.083 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

(i) Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 15 de febrero de 2019, frente a la petición elevada el 15 de noviembre de 2018, por medio de la cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías.

(ii) Declarar que la actora tiene derecho a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados

desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que le hicieron efectivo el pago.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a:

(iii) Reconocer y pagar a la demandante la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

(iv) Reconocer y pagar los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reconocida en la sentencia.

(v) Dar cumplimiento al fallo, tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

(vi) Condenar en costas a la parte demandada conforme con lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A y en el Código General del Proceso.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones la demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

1.2.2. Que el parágrafo 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

1.2.3. Que por laborar como docente en los servicios educativos estatales, la actora le solicitó al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 29 de mayo de 2015, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Que por medio de la Resolución No. 4194 del 20 de agosto de 2015, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 1 de diciembre de 2015, por intermedio de entidad bancaria.

1.2.5. Que el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006, estableció que dentro de los 15 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, y el artículo 5° ibídem, contempló que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, a partir del cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales al servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido por el Fondo Nacional de Ahorro.

1.2.6. Que la actora solicitó la cesantía el 29 de mayo de 2015, siendo el plazo para pagarla el día 14 de septiembre de 2015, pero se realizó el pago el 1° de diciembre de 2015, por lo que trascurrieron 76 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelarla hasta el momento en que se efectuó el pago.

1.2.7. Que el 15 de noviembre de 2018, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas,

situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

II NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Sostiene que la entidad demandada al hacer el pago de la cesantía de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ha menoscabado las disposiciones que regulan la materia, por cuanto se ha demorado en algunos eventos 4 o 5 años, para su reconocimiento.

Manifiesta que las Leyes Nos. 244 de 1995 y 1071 de 2006, mediante las cuales se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, establecieron un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor después de expedido el acto administrativo de reconocimiento; sin embargo, pese a que la jurisprudencia ha establecido que el reconocimiento y pago no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el Fondo Prestacional del Magisterio cancela por fuera de los términos establecidos la referida prestación, lo que genera una sanción para la entidad, equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a dichos 65 días.

Refiere que la demandante tiene la calidad de docente nacional o nacionalizado, razón por la cual la prestación fue reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 y, por ende, la sanción moratoria solicitada está a cargo de la entidad demandada.

Agrega que el espíritu de la Ley 1071 de 2006, al establecer un término perentorio para el reconocimiento y pago de la cesantía de la actora,

está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 70 días después de haber realizado la petición, haciéndose el Fondo Prestacional del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

Aduce que la contabilización adicional de los 10 días, a los 60 días que contempla la Ley señalada anteriormente, con el con el objeto de agotar el procedimiento de reconocimiento y pago de la cesantía, obedece a la necesidad de contabilizar el término necesario para que el acto administrativo que reconoció la prestación quede debidamente ejecutoriado conforme lo establece la Ley.

III. CONTESTACION

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **18 de julio de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso como medio exceptivo la **prescripción** del derecho, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2512 del Código Civil y 151 del Código Procesal del Trabajo.

Sostuvo que, si bien la Constitución Política protege las garantías de los trabajadores y, por ende, estas son irrenunciables e imprescriptibles, no sucede lo mismo con las consecuencias económicas del ejercicio de estos derechos, tal como lo señaló la H. Corte Constitucional en la sentencia C-916 del 16 de noviembre de 2010, la cual se ocupó de citar.

Igualmente, refirió que el Consejo de Estado en la providencia proferida el 15 de febrero de 2018, dentro del expediente No. 2013-00188, se pronunció frente al fenómeno prescriptivo y a través de la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, (CE-SUJ2-004-16), se precisó que el pago de la mora que está a cargo del empleador por el incumplimiento de sus obligaciones, como es el caso de la consignación de las cesantías, son accesorios a dicha prestación y, en ese sentido, se debe dar aplicación al referido artículo 151 del C. P. T., según el cual las acciones

prescriben en tres (3) años, contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible

Afirmó que de las pruebas documentales obrantes en el plenario, se advierte que la demandante elevó la solicitud de las cesantías el 29 de mayo de 2015, razón por la cual el plazo para su reconocimiento y pago feneció el 14 de septiembre de 2015, prestación que fue cancelada el 1 de diciembre de 2015, configurándose un total de 77 días de mora; no obstante, operó la prescripción de la acción, en la medida que la reclamación administrativa se presentó hasta el 15 de noviembre de 2018, esto es, tres años, 2 meses y 2 días posteriores a la exigibilidad del derecho.

IV. ALEGATOS

4.1 Parte demandante

El apoderado de la parte actora mediante escrito remitido el **2 de junio de 2021**, vía correo electrónico presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso i) la calidad de docente de la demandante ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías parciales iii) el acto mediante el cual se reconoció a la actora la cesantía parcial iv) el día en que se le canceló la prestación reconocida y v) la mora en el pago de la prestación.

Con fundamento en tales presupuestos probatorios afirma que resulta posible la aplicación al caso concreto de la Ley 1071 de 2006, así como la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, proferida por el Honorable Consejo de Estado.

4.2 Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211181200681 del 30 de mayo de 2021**, allegado a este

Despacho vía correo electrónico el 31 del mismo mes y año señaló que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en 77 días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

Precisó que la indexación de la sanción moratoria, de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, jurisprudencia que determinó que la misma tiene su fundamento en el fenómeno económico derivado del proceso de la depreciación de la moneda, mientras que la sanción moratoria nace como penalidad por el pago tardío de las cesantías, concluyendo que la indexación de la sanción moratoria no es procedente de ninguna forma, al no satisfacer las características propias de la depreciación de la moneda y al tener un origen y una finalidad diferente la generación de la sanción mora por pago tardío de las cesantías, de allí que determinó la incompatibilidad de las dos figuras, toda vez que de no ser así se constituiría en una doble sanción para la administración, haciendo más gravosa la situación de la entidad.

De otra parte, manifiesta la imposibilidad que la entidad que representa sea condenada en costas, pues afirma que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede, máxime cuando los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente.

Reiteró que en el presente caso **operó el fenómeno jurídico de la prescripción**, tal como lo consignó en la contestación de la demanda.

4.3. Ministerio Público

Se advierte que el señor Procurador Delegado ante el Despacho no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

5.1.1. Resolución No. 4194 del 20 de agosto de 2015, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 29 de mayo de 2015.

5.1.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2018-174519 del 15 de noviembre de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías.

5.1.3. Extracto de intereses a las cesantías de la demandante expedido por la Fiduciaria la Previsora S.A. en el que consta que el 1 de diciembre de 2015, se efectuó el pago ordenado en la Resolución 4194 del 20 de agosto de 2015.

5.1.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 22 de julio de 2019, en la Procuraduría 157 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en la providencia proferida el 18 de marzo de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el 15 de noviembre de 2018 y ii) si la

demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006.

Igualmente, el Despacho determinará si operó la prescripción extintiva del derecho reclamado, pese a que en la referida providencia al fijarse el litigio no se hizo alusión a dicho aspecto.

5.3. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado de la parte actora depreca la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la Administración frente a la petición formulada por la demandante el **15 de noviembre de 2018**, mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 15 de noviembre de 2018, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a cuyo tenor:

*“**Artículo 83. Silencio Negativo.** Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.*

(...)”.

5.3.1. NORMATIVIDAD QUE REGULA LA MORA EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS.

Mediante la **Ley 244 del 29 de diciembre de 1995**, se estableció la sanción por el no pago de la cesantía, consistente en una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir

los daños que se causan a este último por el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía.

Así, el artículo 1° consagra que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley”*.

Por su parte, el artículo 2° dispone: *“La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

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.”

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, *“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”* estableció en su artículo 4° que *“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 petitionarios, 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”*. (Negrillas del Despacho)

A su vez, el artículo 5° estableció “**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.”* (Negrillas fuera del texto original)

De los artículos transcritos se deduce que si se trata del reconocimiento de cesantías **definitivas o parciales**, la entidad pública obligada al reconocimiento y pago dispone de un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de solicitud de liquidación de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.

Se observa así mismo que las normas no contemplan ninguna excepción a la aplicación de la sanción y, en tal virtud, cobijan a los servidores públicos de todos los órdenes, dentro de los que se encuentran los docentes, calidad que ostenta la demandante.

5.3.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017¹, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

¹ Corte Constitucional – Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017, M. P. Dr. Iván Humberto Escruceria Mayolo, Expedientes T-5.799.348, T-5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180.

“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.

9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989[71].

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución”. (Resaltado fuera del texto original).

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia CE-SUJ-012 SU del 18 de julio de 2018, proferida dentro del proceso No 73001-23-33-000-2014-00580-01, Demandante Jorge Luis Ospina Cardona, Demandados: Nación-Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima **UNIFICÓ** los siguientes aspectos en torno al tema de la sanción moratoria: i) la categoría de servidor público de los docentes ii) la exigibilidad de la sanción por mora iii) salario de liquidación e iv) indexación de la sanción moratoria.

5.4. CASO CONCRETO.

El caso en estudio se analizará bajo los criterios de unificación referidos en la sentencia anteriormente mencionada, así:

5.4.1. Categoría de servidor público de la actora.

Afirma la Sección Segunda del Consejo de Estado que “...los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de

*la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.”*

En ese sentido, señala que “...a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos, siendo consonante esta posición con la adoptada por la Corte Constitucional...”.

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora Marina Córdoba Salgado ostenta la calidad de docente de la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación Distrital -Recursos propios IED GERARDO MOLINA RAMÍREZ, calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.4.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

En la sentencia de unificación referida, se determinaron las siguientes hipótesis para establecer el momento de exigibilidad de la mora, así: Petición sin respuesta (70 días posteriores a la petición), ii) Acto escrito extemporáneo- después de 15 días- (70 días posteriores a la petición), iii) Acto escrito en tiempo, notificado personalmente (55 días posteriores a la notificación), iv) acto escrito en tiempo notificado de forma

electrónica (55 días posteriores a la notificación), v) acto escrito en tiempo notificado por aviso (55 días posteriores a la notificación), vi) acto escrito en tiempo sin notificar o notificado fuera de termino (67 días posteriores a la expedición del acto, vii) acto escrito –renunció a la notificación (45 días desde la renuncia y viii) acto escrito-interpuso recurso- (45 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso).

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 4194 del 20 de agosto de 2015, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **29 de mayo de 2015**, razón por la cual, la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es hasta el **23 de junio de 2015**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **20 de agosto de 2015**, sea decir, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles desde el **1 de junio de 2015**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **14 de septiembre de 2015**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **1 de diciembre de 2015**, como consta en el Extracto de Intereses a las Cesantías expedido por la Fiduciaria la Previsora S.A., incurriéndose en mora desde el **14 de septiembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2015**.

5.4.3. Salario base de liquidación.

En la sentencia de unificación se precisó que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria varía según se trate de cesantías parciales o definitivas.

Así, para las cesantías parciales será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la

mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades.

Por su parte, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las cesantías definitivas, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en la que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas.

5.4.4. De la indexación de la sanción moratoria. Variación del criterio adoptado por el Despacho.

Al respecto, el Consejo de Estado en la sentencia que se viene de leer, en punto a la indexación del valor a pagar por sanción moratoria en los casos de docentes, señaló:

(...) 184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una penalidad económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.

185. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.

(...)

*187. De acuerdo con lo anterior, las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, **siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.***

191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, **la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.**

(...)”.

Ahora bien, en sentencia del **26 de agosto de 2019**², dicha Corporación Judicial se ocupó de precisar la frase consignada en la sentencia arriba citada que indica “...Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.”, debido a que había lugar a varias interpretaciones, señalando sobre el particular:

“(..)

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que ‘(..) Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.(..)’, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1)si hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2)quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3)aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia -art. 187 -y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los

² Sección Segunda – Subsección “A”Exp. No. 68001-23-33-000-2016-00406-01, No. Interno: 1728-2018, Demandante: Aurora del Carmen Rojas Álvarez Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, M.P. William Hernández Gómez.

intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

(...)”.

Así las cosas y dado que esta Juzgadora era del criterio que en ningún caso había lugar a la indexación moratoria, varia dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual desde el momento que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia procede la indexación del artículo 187 del C.P.A.C.A.

Ahora bien, sería del caso acceder a las súplicas de la demanda; sin embargo, como se verá en el acápite siguiente, no hay lugar al reconocimiento y pago de la sanción moratoria deprecada, dado que se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva del derecho.

5.5. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará la excepción de prescripción extintiva del derecho propuesta por la entidad demandada, bajo las siguientes consideraciones:

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”* dispone:

“Artículo 41. *Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto **prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.** El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”* (Negrilla fuera del texto original).

Por su parte, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*, señala:

“ARTÍCULO 102.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el decreto 3135 de 1968 y en este decreto, **prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.**
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, **interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.** (Negrilla fuera del texto).

A su turno, el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, contempla:

“ARTICULO 151. PRESCRIPCION. 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 {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, **interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.**”.(Negrilla fuera del texto original).

Ahora bien, el H. Consejo de Estado en Sentencia del 23 de septiembre de 2010³, sobre el fenómeno prescriptivo, advirtió:

“(…)

Prescripción de Derechos

La prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva.

La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual esta fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados so pena de perder dicha administración”.

Así las cosas, no queda duda que el término en que se configura la prescripción extintiva es de tres (3) años, contados a partir de la fecha en que se haya hecho exigible el derecho, la cual se interrumpe con la simple reclamación escrita ante la entidad, pero por un lapso igual; esto es 3 años contados a partir de la solicitud.

³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado -Sección Segunda – Subsección “B”, C. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Sentencia del 23 de septiembre de 2010, radicación No. 47001-23-31-000-2003-00376-01(1201-08).

En el caso particular de la señora Marina Córdoba Salgado, se encuentra debidamente acreditado que presentó la petición de liquidación de sus cesantías parciales ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación de Bogotá el **29 de mayo de 2015** y que el pago debió realizarse a más tardar el **14 de septiembre de dicho año**, fecha desde la cual se hizo exigible el derecho de la actora a solicitar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, por lo que contaba con tres (3) años para deprecar el derecho reclamado ante la entidad demandada, esto es, hasta el **14 de septiembre de 2018**, término que se interrumpía por una sola vez, con la reclamación administrativa, al tenor de lo establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

No obstante lo anterior, la parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías el **15 de noviembre de 2018**, superado el término de tres (3) años que dispone la norma para que opere el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva del derecho, razón por la cual, debe declararse probada la referida excepción y, en consecuencia, denegar las pretensiones de la demanda.

5.6. COSTAS

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandante en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción extintiva del derecho propuesta por la entidad demandada, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: DENEGAR las súplicas de la demanda conforme a la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas a cargo de la parte demandante.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora excepto los ya causados, a petición de la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

Firmado Por:

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO 015 de hoy 18 de junio de 2021 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 2019-00379-00*

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZJUEZJUZGADO 018
ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE
BOGOTA D.C.,**

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

Código de verificación:

e58349da80e8d0afafbed2d390403caca9351fd0fee8aff7f5aabd4c11b965b8

Documento generado en 15/06/2021 02:20:10 p. m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO DE ORALIDAD ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D. C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00388-00**
Demandante: FRANCY YANNETH MIGUEZ PEÑA
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **FRANCY YANNETH MIGUEZ PEÑA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.074.650 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 28 de mayo de 2019, frente a la petición elevada el 28 de febrero de 2019, por medio de la cual solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la ley 1071 de 2006, por el pago tardío de una cesantía parcial.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a:

- i) Declarar que la demandante tiene derecho a que la parte demandada le reconozca y pague la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que le hicieron efectivo el pago.
- ii) Reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios que se causen a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia que se profiera en el proceso, hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reclamada.
- iii) Dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.
- iv) Condenar en costas a la parte demandada conforme con lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A. y el C. G. del P.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones la demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

1.2.2. Que el párrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

1.2.3. Que por laborar como docente en los servicios educativos estatales, la actora le solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día

20 de septiembre de 2018, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Que por medio de la Resolución No. 10970 del 29 de octubre de 2018, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 17 de enero de 2019, por intermedio de entidad bancaria.

1.2.5. Que el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006, estableció que dentro de los 15 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, y el artículo 5° ibídem, contempló que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, a partir del cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales al servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido por el Fondo Nacional de Ahorro.

1.2.6. Que la actora solicitó la cesantía el 20 de septiembre de 2018, siendo el plazo para pagarla el día 3 de enero de 2019, pero se realizó el 17 de enero de 2019, por lo que trascurrieron 14 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelarla hasta el momento en que se efectuó el pago.

1.2.7. El 28 de febrero de 2019, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

1.2.8. Una vez presentada la reclamación administrativa trascurrieron más de tres meses, sin que la entidad diera respuesta, configurándose el acto ficto o presunto negativo de que trata el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Sostiene que la entidad demandada al hacer el pago de la cesantía de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ha menoscabado las disposiciones que regulan la materia, por cuanto se ha demorado en algunos eventos 4 o 5 años, para su reconocimiento.

Manifiesta que las Leyes Nos. 244 de 1995 y 1071 de 2006, mediante las cuales se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, establecieron un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor después de expedido el acto administrativo de reconocimiento; sin embargo, pese a que la jurisprudencia ha establecido que el reconocimiento y pago no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el Fondo Prestacional del Magisterio cancela por fuera de los términos establecidos la referida prestación, lo que genera una sanción para la entidad, equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 65 días hábiles, después de haber radicado la solicitud.

Refiere que la demandante tiene la calidad de docente nacional o nacionalizada, razón por la cual la prestación fue reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 y, por ende, la sanción moratoria solicitada está a cargo de la entidad demandada.

Agrega que el espíritu de la Ley 1071 de 2006, al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía de la actora, está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 65 días después de haber realizado la petición, haciéndose el Fondo Prestacional del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

Aduce que el lapso de los 65 días o los 60 días que contempla la Ley 1071 de 2006, con el objeto de agotar el procedimiento de reconocimiento y pago de la cesantía, obedece a la necesidad de contabilizar el término necesario para que el acto administrativo que reconoció la prestación quede debidamente ejecutoriado conforme lo establece la ley.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **11 de mayo de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso la excepción de **improcedencia de la condena en costas** en la que indicó que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede.

Indicó que de acuerdo con la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, los términos para el reconocimiento y pago de las cesantías para los servidores del sector público son 15 días posteriores a la solicitud de la cesantía para la expedición del acto administrativo, 5 o 10 días para su ejecutoria, dependiendo de la fecha de la petición y teniendo en cuenta la entrada en vigencia del C.P.A.C.A. y 45 días para el pago efectivo.

Afirmó que la Corte Constitucional, en Sentencia SU-336-17, estableció que los anteriores términos y las consecuencias de su incumplimiento son aplicables igualmente para el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG, razón por la cual la sanción moratoria establecida en el artículo 5° de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, es aplicable en el caso del pago tardío de cesantías a los docentes.

De otra parte, indicó que respecto al caso en concreto se evidenció lo siguiente: i) Que la fecha de solicitud de las cesantías fue el día 20 de septiembre de 2018, ii) que la fecha máxima de pago 70 días fue el 3 de

enero de 2019 iii) la fecha en la cual efectivamente se realizó el pago fue el 17 de enero del mismo año, y iv) el número de días de mora son 13.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora mediante escrito allegado el **2 de junio de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso: i) la calidad de docente de la demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías parciales, iii) el acto mediante el cual se reconoció la cesantía parcial, iv) la fecha en que se le canceló la prestación reconocida y v) la mora en el pago de la prestación.

Con fundamento en tales presupuestos probatorios, afirma que resulta posible la aplicación al caso concreto de la Ley 1071 de 2006, así como la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, proferida por el Honorable Consejo de Estado.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211181200661 del 30 de mayo de 2021**, allegado vía correo electrónico el 31 del mismo mes y año, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, señalando que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en **13** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

No obstante lo anterior, solicita no acceder a la indexación de la sanción moratoria, de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, jurisprudencia que determinó que la indexación tiene su fundamento en el fenómeno económico derivado del

proceso de la depreciación de la moneda, mientras que la sanción moratoria nace como penalidad por el pago tardío de las cesantías, concluyendo que la indexación de la sanción moratoria no es procedente de ninguna forma, al no satisfacer las características propias de la depreciación de la moneda y al tener un origen y una finalidad diferente la generación de la sanción mora por pago tardío de las cesantías, de allí que determinó la incompatibilidad de las dos figuras, toda vez que de no ser así se constituiría en una doble sanción para la administración, haciendo más gravosa la situación de la entidad.

De otra parte, manifiesta la imposibilidad que la entidad que representa sea condenada en costas, pues afirma que conforme al artículo 365 del Código General del proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede, máxime cuando los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente.

En ese orden de ideas solicita al Despacho que de acceder a las pretensiones de la demanda, no se reconozca la indexación de la sanción moratoria ni se condene en costas conforme con los argumentos expuestos.

4.3. Ministerio Público

El señor Agente del Ministerio Público dentro de la oportunidad legal, no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:

Frente a la excepción de **improcedencia de la condena en costas**, se advertir que no constituye un medio exceptivo sino es un aspecto inherente al ejercicio de la acción.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

5.2.1. Resolución No. 10970 del 29 de octubre de 2018, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 20 de septiembre de 2018 (fls. 15 a 16).

5.2.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2019-41010 del 28 de febrero de 2019, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el que la actora solicita el reconocimiento y pago de la sanción por mora (fls. 12 y 13).

5.2.6. Desprendible de pago del Banco BBVA, donde consta que el pago de la cesantía parcial por valor de \$14.000.000 pesos M/cte., fue realizado a la actora el 17 de enero de 2019 (fl.17).

5.2.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 9 de agosto de 2019, en la Procuraduría 6 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida (fls. 18 y 24).

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el 28 de febrero de 2019, ii) si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamada por la actora.

5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado de la parte actora depreca la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por la demandante el 28 de febrero de 2019 (fls. 12 a 13), mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 28 de febrero de 2019 (fls. 12 a 13), tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

“Artículo 83. Silencio Negativo. Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

(...)”.

5.4.1. NORMATIVIDAD QUE REGULA LA MORA EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS.

Mediante la **Ley 244 del 29 de diciembre de 1995**, se estableció la sanción por el no pago de la cesantía, consistente en una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último por el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía.

Así, el artículo 1º consagra que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley”.*

Por su parte, el artículo 2° dispone: “La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

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.”

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, “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” estableció en su artículo 4° que “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 petitionarios, 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”. (Negrillas del Despacho)

A su vez, el artículo 5° estableció “**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.” (Negritillas fuera del texto original)

De los artículos transcritos se deduce que si se trata del reconocimiento de cesantías **definitivas o parciales**, la entidad pública obligada al reconocimiento y pago dispone de un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de solicitud de liquidación de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.

Se observa así mismo que las normas no contemplan ninguna excepción a la aplicación de la sanción y, en tal virtud, cobijan a los servidores públicos de todos los órdenes, dentro de los que se encuentran los docentes, calidad que ostenta la demandante.

5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017¹, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.

¹ Corte Constitucional – Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017, M. P. Dr. Iván Humberto Escrucería Mayolo, Expedientes T-5.799.348, T-5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180.

9.2. **La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:**

(i) *Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.*

(ii) *Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989[71].*

(iii) *Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.*

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

(v) *Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.*

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecuaba mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución". (Resaltado fuera del texto original).

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia CE-SUJ-012 SU del 18 de julio de 2018, proferida dentro del proceso No 73001-23-33-000-2014-00580-01, Demandante Jorge Luis Ospina Cardona, Demandados: Nación-Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima **UNIFICÓ** los siguientes aspectos en torno al tema de la sanción moratoria: i) la categoría de servidor público de los docentes, ii) la exigibilidad de la sanción por mora, iii) el salario de liquidación e iv) indexación de la sanción moratoria.

5.5. CASO CONCRETO.

El caso en estudio se analizará bajo los criterios de unificación referidos en la sentencia anteriormente mencionada, así:

5.5.1. Categoría de servidor público de la actora.

Afirma la Sección Segunda del Consejo de Estado que “...los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.”

En ese sentido, señala que “...a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos, siendo consonante esta posición con la adoptada por la Corte Constitucional...”.

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora Francy Yanneth Miguez Peña, ostenta la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación Departamental- sistema general de participaciones, IED Colegio Manuel Zapata Olivella (fl. 15), calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.5.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

En la sentencia de unificación referida, se determinaron las siguientes hipótesis para establecer el momento de exigibilidad de la mora, así: Petición sin respuesta (70 días posteriores a la petición), ii) Acto escrito extemporáneo- después de 15 días- (70 días posteriores a la petición), iii) Acto escrito en tiempo, notificado personalmente (55 días posteriores a la notificación), iv) acto escrito en tiempo notificado de forma electrónica (55 días posteriores a la notificación), v) acto escrito en tiempo notificado por aviso (55 días posteriores a la notificación), vi) acto escrito en tiempo sin notificar o notificado fuera de término (67 días posteriores a la expedición del acto, vii) acto escrito –renunció a la notificación (45 días desde la renuncia y viii) acto escrito-interpuso recurso- (45 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso).

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 10970 del 29 de octubre de 2018, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **20 de septiembre de 2018**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **11 de octubre de la misma anualidad**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **29 de octubre de 2018**, es decir, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la

hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **21 de septiembre de 2018**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **3 de enero de 2019**, suma que quedó a disposición de la actora desde el **17 de enero de 2019**, tal como se lee en el desprendible de pago del Banco BBVA obrante a folio 17 del expediente, incurriéndose en mora del **3 al 16 de enero de 2019**.

5.5.3. Salario base de liquidación.

En la sentencia de unificación se precisó que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria varía según se trate de cesantías parciales o definitivas.

Así, para las cesantías parciales será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades.

Por su parte, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las cesantías definitivas, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en la que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas.

Al respecto, siguiendo la línea jurisprudencial que fundamenta la presente decisión, como en el caso que nos ocupa se trata de la sanción originada en el incumplimiento de la entidad demandada respecto de una cesantía **parcial**, la asignación básica salarial a tenerse en cuenta será la percibida para la época en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad.

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de la entidad empleadora comprende una anualidad (**3 al 16 de enero de 2019**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en el mes de enero de 2019.

5.5.4. De la indexación de la sanción moratoria. Variación del criterio adoptado por el Despacho.

Al respecto, el Consejo de Estado en la sentencia que se viene de leer, en punto a la indexación del valor a pagar por sanción moratoria en los casos de docentes, señaló:

(...) 184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una penalidad económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.

185. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.

(...)

*187. De acuerdo con lo anterior, las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, **siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.***

*191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, **la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.***

(...)”.

Ahora bien, en sentencia del **26 de agosto de 2019**², dicha Corporación Judicial se ocupó de precisar la frase consignada en la sentencia arriba citada que indica “...Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.”, debido a que había lugar a varias interpretaciones, señalando sobre el particular:

“(..)

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que ‘(..) Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.(..)’; porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1)si hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2)quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3)aqueellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad liquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia -art. 187 -y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

(..)”.

Así las cosas y dado que esta Juzgadora era del criterio que en ningún caso había lugar a la indexación moratoria, varia dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual desde el momento que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia procede la indexación del artículo 187 del C.P.A.C.A.

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día

² Sección Segunda – Subsección “A”Exp. No. 68001-23-33-000-2016-00406-01, No. Interno: 1728-2018, Demandante: Aurora del Carmen Rojas Álvarez Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, M.P. William Hernández Gómez.

siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **18 de enero de 2019** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 *ibidem*.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la señora Francly Yanneth Miguez Peña el 28 de febrero de 2019, al encontrarse incurso en causal de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **3 y el 16 de enero de 2019**.

El valor del salario es el vigente para el mes de enero de 2019, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dicho mes.

5.6. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*³; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*⁴; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁵.

³ **ARTICULO 41.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

⁴ **ARTICULO 102. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.** 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

⁵ **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 solo por un lapso igual.

De conformidad con la normatividad en mención, la demandante contaba con tres años para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de su cesantía parcial, término que inició a correr a partir desde su exigibilidad.

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía parcial, se hizo exigible a partir del **3 de enero de 2019** y la señora Francly Yanneth Miguez Peña formuló reclamación administrativa el **28 de febrero del mismo año** (fl. 12), en tanto la demanda se presentó el **16 de septiembre de 2019** (fl. 22), de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.7. COSTAS

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta respecto de la petición elevada el **28 de febrero de 2019**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2019-41010.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el No. **E-2019-41010 del 28 de febrero de 2019**, a través de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías parciales.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **FRANCY YANNETH MIGUEZ PEÑA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.074.650 de Bogotá, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **3 y el 16 de enero de 2019**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para el mes de enero de 2019, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dicho mes.

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **18 de enero de 2019 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin costas a cargo de la parte demandada.

SEXTO: Exhortar a la Ministra de Educación Nacional, al Director del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Gerente de la Fiduprevisora S.A. como sujetos garantes del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes estatales y de la administración de los recursos de dichas prestaciones, respectivamente, que adopten los correctivos necesarios frente a la tardanza que se presenta en el reconocimiento y pago de las cesantías de los educadores y así evitar la sanción moratoria.

SÉPTIMO: Por Secretaría dese cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 ibídem.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora excepto los ya causados, a petición de la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ**



Firmado Por:

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ

JUEZ

**JUZGADO 018 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

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

Código de verificación:

a8791792f447d18a4afaaa034ff85066c57c5ff62d2e56745d57a8eab8f7bfde

Documento generado en 10/06/2021 10:18:40 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO DE ORALIDAD ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D. C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00389-00**
Demandante: MARLEM JIMÉNEZ RODRÍGUEZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **MARLEM JIMÉNEZ RODRÍGUEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.666.652, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 6 de diciembre de 2018, frente a la petición elevada el 6 de septiembre de 2018, por medio de la cual solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la ley 1071 de 2006, por el pago tardío de una cesantía parcial.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a:

- i) Declarar que la demandante tiene derecho a que la parte demandada le reconozca y pague la sanción por mora establecida en las

Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que le hicieron efectivo el pago.

ii) Reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios que se causen a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia que se profiera en el proceso, hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria reclamada.

iii) Dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

iv) Condenar en costas a la parte demandada conforme con lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A. y el C. G. del P.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones la demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

1.2.2. Que el parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

1.2.3. Que por laborar como docente en los servicios educativos estatales, la actora le solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 30 de octubre de 2017, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Que por medio de la Resolución No. 2999 del 20 de marzo de 2018, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 29 de junio de 2018, por intermedio de entidad bancaria.

1.2.5. Que el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006, estableció que dentro de los 15 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, y el artículo 5° ibídem, contempló que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, a partir del cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales al servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido por el Fondo Nacional de Ahorro.

1.2.6. Que la actora solicitó la cesantía el 30 de octubre de 2017, siendo el plazo para pagarla el día 13 de febrero de 2018, pero se realizó el 29 de junio de 2018, por lo que trascurrieron 135 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelarla hasta el momento en que se efectuó el pago.

1.2.7. El 6 de septiembre de 2018, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

1.2.8. Una vez presentada la reclamación administrativa trascurrieron más de tres meses, sin que la entidad diera respuesta, configurándose el acto ficto o presunto negativo de que trata el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Sostiene que la entidad demandada al hacer el pago de la cesantía de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ha menoscabado las disposiciones que regulan la materia, por cuanto se ha demorado en algunos eventos 4 o 5 años, para su reconocimiento.

Manifiesta que las Leyes Nos. 244 de 1995 y 1071 de 2006, mediante las cuales se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, establecieron un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor después de expedido el acto administrativo de reconocimiento; sin embargo, pese a que la jurisprudencia ha establecido que el reconocimiento y pago no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el Fondo Prestacional del Magisterio cancela por fuera de los términos establecidos la referida prestación, lo que genera una sanción para la entidad, equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 65 días hábiles, después de haber radicado la solicitud.

Refiere que la demandante tiene la calidad de docente nacional o nacionalizado, razón por la cual la prestación fue reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 y, por ende, la sanción moratoria solicitada está a cargo de la entidad demandada.

Agrega que el espíritu de la Ley 1071 de 2006, al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía de la actora, está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 65 días después de haber realizado la petición, haciéndose el Fondo Prestacional del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

Aduce que el lapso de los 65 días o los 60 días que contempla la Ley 1071 de 2006, con el objeto de agotar el procedimiento de reconocimiento y pago de la cesantía, obedece a la necesidad de contabilizar el término necesario para que el acto administrativo que reconoció la prestación quede debidamente ejecutoriado conforme lo establece la ley.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **11 de mayo de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso la excepción de **improcedencia de la condena en costas**, en la que indicó que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede.

Señaló que de acuerdo con la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, los términos para el reconocimiento y pago de las cesantías para los servidores del sector público son 15 días posteriores a la solicitud de la cesantía para la expedición del acto administrativo, 5 o 10 días para su ejecutoria, dependiendo de la fecha de la petición y teniendo en cuenta la entrada en vigencia del C.P.A.C.A. y 45 días para el pago efectivo.

Afirmó que la Corte Constitucional, en Sentencia SU-336-17, estableció que los anteriores términos y las consecuencias de su incumplimiento son aplicables igualmente para el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG, razón por la cual la sanción moratoria establecida en el artículo 5° de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, es aplicable en el caso del pago tardío de cesantías a los docentes.

De otra parte, indicó que respecto al caso en concreto se evidenció lo siguiente: i) Que la fecha de solicitud de las cesantías fue el día 30 de octubre de 2017, ii) que la fecha máxima de pago 70 días fue el 13 de febrero de 2018 iii) la fecha en la cual efectivamente se realizó el pago

fue el 29 de junio del mismo año y iv) el número de días de mora son 135.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora mediante escrito allegado el **2 de junio de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso: i) la calidad de docente de la demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías parciales, iii) el acto mediante el cual se reconoció la cesantía parcial, iv) la fecha en que se le canceló la prestación reconocida y v) la mora en el pago de la prestación.

Con fundamento en tales presupuestos probatorios, afirma que resulta posible la aplicación al caso concreto de la Ley 1071 de 2006, así como la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, proferida por el Honorable Consejo de Estado.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211181200651 del 30 de mayo de 2021**, allegado vía correo electrónico el **31 del mismo mes y año**, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, señalando que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en **135** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

No obstante lo anterior, solicita no acceder a la indexación de la sanción moratoria, de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, jurisprudencia que determinó que la

indexación tiene su fundamento en el fenómeno económico derivado del proceso de la depreciación de la moneda, mientras que la sanción moratoria nace como penalidad por el pago tardío de las cesantías, concluyendo que la indexación de la sanción moratoria no es procedente de ninguna forma, al no satisfacer las características propias de la depreciación de la moneda y al tener un origen y una finalidad diferente la generación de la sanción mora por pago tardío de las cesantías, de allí que determinó la incompatibilidad de las dos figuras, toda vez que de no ser así se constituiría en una doble sanción para la administración, haciendo más gravosa la situación de la entidad.

De otra parte, manifiesta la imposibilidad que la entidad que representa sea condenada en costas, pues afirma que conforme al artículo 365 del Código General del proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede, máxime cuando los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente.

En ese orden de ideas solicita al Despacho que de acceder a las pretensiones de la demanda, no se reconozca la indexación de la sanción moratoria ni se condene en costas conforme con los argumentos expuestos.

4.3. Ministerio Público

El señor Agente del Ministerio Público dentro de la oportunidad legal, no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:

Frente a la excepción de **improcedencia de la condena en costas**, se advertir que no constituye un medio exceptivo sino que es un aspecto

inherente al ejercicio de la acción.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

5.2.1. Resolución No. 2999 del 20 de marzo de 2018, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 30 de octubre de 2017 (fls. 16 a 18).

5.2.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2018-137106 del 6 de septiembre de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el que la actora solicita el reconocimiento y pago de la sanción por mora (fls. 13 y 14).

5.2.3. Certificación expedida por la Fiduprevisora S.A, donde hace constar que el pago de las cesantías parciales quedó a disposición de la demandante el 29 de junio de 2018 (fl. 19).

5.2.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 12 de agosto de 2019, en la Procuraduría 3ª Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida (fls. 20 y 21).

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el 6 de septiembre de 2018, ii) si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamada por la actora.

5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado de la parte actora deprecia la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por la demandante 6 de septiembre de 2018 (fls. 13 a 14), mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 6 de septiembre de 2018 (fls. 13 a 14), tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

“Artículo 83. Silencio Negativo. Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

(...).”

5.4.1. NORMATIVIDAD QUE REGULA LA MORA EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS.

Mediante la **Ley 244 del 29 de diciembre de 1995**, se estableció la sanción por el no pago de la cesantía, consistente en una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último por el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía.

Así, el artículo 1° consagra que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley”*.

Por su parte, el artículo 2° dispone: “La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

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.”

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, “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” estableció en su artículo 4° que “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 petitionarios, 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”. (Negrillas del Despacho)

A su vez, el artículo 5° estableció “**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.” (Negrillas fuera del texto original)

De los artículos transcritos se deduce que si se trata del reconocimiento de cesantías **definitivas o parciales**, la entidad pública obligada al reconocimiento y pago dispone de un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de solicitud de liquidación de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.

Se observa así mismo que las normas no contemplan ninguna excepción a la aplicación de la sanción y, en tal virtud, cobijan a los servidores públicos de todos los órdenes, dentro de los que se encuentran los docentes, calidad que ostenta la demandante.

5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017¹, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de

¹ Corte Constitucional – Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017, M. P. Dr. Iván Humberto Escruceria Mayolo, Expedientes T-5.799.348, T-5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180.

manera directa a los docentes del FOMAG.

9.2. **La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:**

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989[71].

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecuaba mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución". (Resaltado fuera del texto original).

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia CE-SUJ-012 SU del 18 de julio de 2018, proferida dentro del proceso No 73001-23-33-000-2014-00580-01, Demandante Jorge Luis Ospina Cardona, Demandados: Nación-Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima **UNIFICÓ** los siguientes aspectos en torno al tema de la sanción moratoria: i) la categoría de servidor público de los docentes, ii) la exigibilidad de la sanción por mora, iii) el salario de liquidación e iv) indexación de la sanción moratoria.

5.5. CASO CONCRETO.

El caso en estudio se analizará bajo los criterios de unificación referidos en la sentencia anteriormente mencionada, así:

5.5.1. Categoría de servidor público de la actora.

Afirma la Sección Segunda del Consejo de Estado que “...los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.”

En ese sentido, señala que “...a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos, siendo consonante esta posición con la adoptada por la Corte Constitucional...”.

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora Marlem Jiménez Rodríguez, ostenta la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación Nacionalizado- Situado Fiscal- Cent Educ Dist Gran Britalia (fl. 16), calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.5.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

En la sentencia de unificación referida, se determinaron las siguientes hipótesis para establecer el momento de exigibilidad de la mora, así: Petición sin respuesta (70 días posteriores a la petición), ii) Acto escrito extemporáneo- después de 15 días- (70 días posteriores a la petición), iii) Acto escrito en tiempo, notificado personalmente (55 días posteriores a la notificación), iv) acto escrito en tiempo notificado de forma electrónica (55 días posteriores a la notificación), v) acto escrito en tiempo notificado por aviso (55 días posteriores a la notificación), vi) acto escrito en tiempo sin notificar o notificado fuera de termino (67 días posteriores a la expedición del acto, vii) acto escrito –renunció a la notificación (45 días desde la renuncia y viii) acto escrito-interpuso recurso- (45 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso).

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 2999 del 20 de marzo de 2018, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **30 de octubre de 2017**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **22 de noviembre de la misma anualidad**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **20 de marzo de 2018**, es decir, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **31 de octubre de 2017**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **13 de febrero de 2018**, suma que quedó a disposición de la actora desde el **29 de junio de 2018**, como consta en el oficio expedido por la FIDUPREVISORA S.A., obrante a folio 19 del expediente, incurriéndose en mora del **13 de febrero de 2018 al 28 de junio de la misma anualidad**.

5.5.3. Salario base de liquidación.

En la sentencia de unificación se precisó que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria varía según se trate de cesantías parciales o definitivas.

Así, para las cesantías parciales será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades.

Por su parte, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las cesantías definitivas, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en la que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas.

Al respecto, siguiendo la línea jurisprudencial que fundamenta la presente decisión, como en el caso que nos ocupa se trata de la sanción originada en el incumplimiento de la entidad demandada respecto de una cesantía **parcial**, la asignación básica salarial a tenerse en cuenta será la percibida para la época en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad.

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de la entidad empleadora comprende una anualidad (**13 de febrero de 2018 al 28 de junio de la**

misma anualidad), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de febrero a junio de 2018.

5.5.4. De la indexación de la sanción moratoria. Variación del criterio adoptado por el Despacho.

Al respecto, el Consejo de Estado en la sentencia que se viene de leer, en punto a la indexación del valor a pagar por sanción moratoria en los casos de docentes, señaló:

(...) 184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una penalidad económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.

185. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.

(...)

*187. De acuerdo con lo anterior, las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, **siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.***

*191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, **la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.***

(...)”.

Ahora bien, en sentencia del **26 de agosto de 2019**², dicha Corporación Judicial se ocupó de precisar la frase consignada en la sentencia arriba

² Sección Segunda – Subsección “A” Exp. No. 68001-23-33-000-2016-00406-01, No. Interno: 1728-2018, Demandante: Aurora del Carmen Rojas Álvarez Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, M.P. William

citada que indica “...Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.”, debido a que había lugar a varias interpretaciones, señalando sobre el particular:

“(..)

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que ‘(..) Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.(..)’; porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1)si hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2)quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3)aqueellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad liquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia -art. 187 -y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

(..)”.

Así las cosas y dado que esta Juzgadora era del criterio que en ningún caso había lugar a la indexación moratoria, varia dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual desde el momento que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia procede la indexación del artículo 187 del C.P.A.C.A.

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **30 de junio de 2018** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la señora Marlem Jiménez Rodríguez el 6 de septiembre de 2018, al encontrarse incurso en causal de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **13 de febrero de 2018 y el 28 de junio de la misma anualidad.**

El valor del salario es el vigente para los meses de febrero a junio de 2018, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

5.6. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*³; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*⁴; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁵.

De conformidad con la normatividad en mención, la demandante contaba con tres años para reclamar el reconocimiento y pago de la

³ **ARTICULO 41.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

⁴ **ARTICULO 102. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.** 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

⁵ **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 solo por un lapso igual.

sanción moratoria por el pago tardío de su cesantía parcial, término que inició a correr a partir desde su exigibilidad.

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía parcial, se hizo exigible a partir del **13 de febrero de 2018** y la señora Marlem Jiménez Rodríguez formuló reclamación administrativa el **6 de septiembre del mismo año** (fl. 13), en tanto la demanda se presentó el **16 de septiembre de 2019** (fl. 22), de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.7. COSTAS

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta respecto de la petición elevada el **6 de septiembre de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2018-137106.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el No. **E-2018-137106 del 6 de septiembre de 2018**, a través de

la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías parciales.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **MARLEM JIMÉNEZ RODRÍGUEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 20.666.652, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **13 de febrero de 2018 y el 28 de junio de la misma anualidad**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para los meses de febrero a junio de 2018, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **30 de junio de 2018 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin costas a cargo de la parte demandada.

SEXTO: Exhortar a la Ministra de Educación Nacional, al Director del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Gerente de la Fiduprevisora S.A. como sujetos garantes del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes estatales y de la administración de los recursos de dichas prestaciones, respectivamente, que adopten los correctivos necesarios frente a la tardanza que se presenta en el reconocimiento y pago de las cesantías de los educadores y así evitar la sanción moratoria.

SÉPTIMO: Por Secretaría dese cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 ibídem.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora excepto los ya causados, a petición de la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ**



Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

018

Juzgado Administrativo

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:

**a06fece4693e71f73901237d0f556b7dad575d56fe055ed49e3c11d809c83c
24**

Documento generado en 15/06/2021 10:11:21 AM

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