REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

JUZGADO VEINTITRÉS (23) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

SECCIÓN SEGUNDA

Juez, Doctora MARÍA TERESA LEYES BONILLA

Bogotá D.C., ocho (08) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Radicación:	**110-01-33-35-023-2019-00318-00**
Demandante:	**LUZ MARINA MUÑOZ SANTIAGO**
Demandado:	**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

SENTENCIA No. 117 de 2020

De conformidad con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011, el **JUZGADO 23 ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ** procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación:

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

La señora **LUZ MARINA MUÑOZ SANTIAGO**, actuando a través de apoderado, solicita a esta Jurisdicción que declare la nulidad del acto ficto del **28 DE DICIEMBRE DE 2018**, proferido por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, respecto a la petición radicada el **28 DE SEPTIEMBRE DE 2018**, mediante la cual le negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a que haya

lugar debido al no pago oportuno de la cesantía parcial ordenada mediante Resolución No. **2017 del 28 de febrero de 2018**.-

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de 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.

2. HECHOS DE LA DEMANDA

Se plantean en la demanda los mismos hechos que se fijaron en audiencia inicial celebrada el 31 de enero de 2020 y que fueron los siguientes:

1) Mediante PETICIÓN No. **2017-CES-486063 DEL 20 DE SEPTIEMBRE DE 2017**, la señora **LUZ MARINA MUÑOZ SANTIAGO,** solicitó ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTA D.C. – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el reconocimiento y pago de una cesantía parcial. (fol. 21)

2) La SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTA D.C. – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, profiere la **RESOLUCION No. 2017 DE 28 DE FEBRERO DE 2018** (folios 21-23), por la cual reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial con destino a compra de vivienda

3) La demandante elevó PETICIÓN N° **E-2018-149054 DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2018** ante la SECRETARIA DE EDUCACION DE BOGOTÁ – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, solicitando

el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías (folio 19-20).

4) La accionante mediante apoderado radicó solicitud de Conciliación Extrajudicial el **28 de febrero de 2019**, requisito que fue agotado el **22 de mayo de 2019**, mediante constancia de conciliación expedida por la PROCURADURIA 6 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS (folios 25-26).

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invoca la parte demandante como violadas las siguientes normas:

Violación legal:

Ley 91 de 1989, en sus artículos 5 y 15.
Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2.
Ley 1071 de 2006. Artículos 4 y 5.

Sostuvo el libelista que atendiendo los preceptos legales, la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción legal por pago tardío de las cesantías.

De otra parte, señaló que en materia de trámites de reconocimiento y pago de cesantías, la ley ha establecido parámetros claros y términos perentorios a los cuales deben ajustarse las entidades de todos los órdenes, y no pueden superar los 70 días a partir del día siguiente de la radicación de la solicitud.

Por último cita jurisprudencia del Consejo de Estado, en la que el máximo órgano de cierre se ha pronunciado sobre el tema.

3. OPOSICIÓN A LA DEMANDA POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN– FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

La entidad demandada no allegó contestación a la demanda de la referencia.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El Despacho, a través de providencia de fecha **06 de agosto de 2020** corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión.

La **parte demandante** y el **Ministerio Público** guardaron silencio.

Por su parte, la apoderada de la **parte demandada** allegó, dentro del término, sus alegatos de conclusión, ratificándose en los argumentos expuestos con la contestación de la demanda. Solicitó a este Despacho negar las pretensiones de la parte demandante.

4. PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico que debe resolver el Despacho, es determinar si la demandante tiene derecho o no a que la entidad demandada le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de 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.

Para resolverlo tendremos en cuenta las premisas fácticas y normativas, las alegaciones finales y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial, previas las siguientes,

5. CONSIDERACIONES

Considera el Despacho que la demanda tiene *vocación de prosperidad*. Para resolver el anterior planteamiento el Despacho estudiará los siguientes aspectos:

- El Silencio Administrativo y la configuración de acto administrativo ficto o presunto.
- Marco normativo de la sanción moratoria por pago inoportuno de cesantías.
- De la aplicación de la Sanción por Mora regulada por la Ley 1071 de 2006 a los docentes.
- Caso concreto.

5.1. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LA CONFIGURACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO FICTO O PRESUNTO

El Silencio Administrativo es definido como:

> "*El transcurso del tiempo definido por el legislador y considerado como máximo para adoptar una decisión. Lapso que vencido hace presumir, a manera de sanción para la administración, la existencia de un acto que resuelve, en determinado sentido, la actuación iniciada. El acto emanado del silencio es ficticio*"[1]

La falta de respuesta por parte de la administración tiene como consecuencia el surgimiento a la vida jurídica de un acto ficto o presunto que puede ser positivo o negativo y que se puede configurar ya sea frente a una petición o a recursos presentados por los ciudadanos.

[1] Santofimio Gamboa Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo, abril de 003, Pág.252.

En ese sentido, cuando se presenta una petición a la administración, el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, *preceptúa que:*

> *Artículo 83. Silencio negativo. Transcurridos tres (3) 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.*
> *En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.*
> *La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda. (*Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, observa el Despacho que la figura del silencio administrativo está establecida por la Ley en favor de quien ejerce el derecho de petición y consiste en presumir la respuesta de la administración, que por regla general es negativa, y solo excepcionalmente positiva.

El acto presunto tiene como efecto jurídico procesal, el ofrecerle la oportunidad al petente de poder accionar judicialmente frente al acto resultante del silencio de la administración, es decir, que el propósito de la presunción establecida en la ley, radica en la protección debida al administrado frente a las omisiones de la administración, lo cual constituye una herramienta concreta que le permite accionar ante la jurisdicción contencioso administrativa, ya no contra el acto manifiesto y determinado de la administración, que precisamente no se ha producido, sino contra el acto que la ley presume[2].

[2] Consejo de EstadoSección Primera, Consejera ponente: OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO, mayo (11) de dos mil (2000), Radicación número: 5887, actor: ELÍAS ENRIQUE CUELLO VERGARA.

Hecha la anterior precisión, se tiene que obra en el proceso petición de fecha **28 de septiembre de 2018**, visible a folios **19** del expediente, en donde la demandante solicita al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el no pago oportuno de las cesantías y se evidencia que esta petición no fue atendida por la autoridad frente a la cual iba dirigida, dentro de los plazos establecidos en el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, razón por la cual, frente a la petición en referencia, surgió el acto administrativo presunto o ficto de carácter desestimatorio de lo pedido.-

Se concluye en consecuencia, que existe acto administrativo ficto o presunto de carácter negativo, resultante del silencio de la administración frente a la petición de fecha **28 de septiembre de 2018** y así se declarará en la parte resolutiva de la sentencia.

5.2. MARCO NORMATIVO DE LA SANCIÓN MORATORIA POR PAGO INOPORTUNO DE CESANTÍAS

Resulta preciso indicar que la Ley 6ª de 1945, antiguo Régimen de Cesantías de los empleados públicos, en la Sección Tercera "*De las prestaciones sociales*" dispone:

> ***"ARTICULO 17.*** *Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:*
> *a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicios. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestado con posterioridad al primero de enero de 1942(…)"*

La Ley 65 de 1946, por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantías y jubilación, prevé:

"*ARTÍCULO 1.* *Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, háyanse o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al Auxilio de Cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro."*

A su turno, el Decreto 1160 del 28 de marzo de 1947, dispuso sobre el auxilio de cesantías:

"ARTÍCULO 1. *Los empleados y obreros al servicio de la nación en cualquiera de las ramas del poder público, háyanse o no escalafonados en la carrera administrativa, tienen derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por fracciones de año, cualquiera que sea la causa de su retiro a partir del 1º de enero de 1942.*

ARTÍCULO 2. *Lo dispuesto en el artículo anterior se extiende a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios teniendo en cuenta respecto de éstos lo dispuesto en el Decreto 2767 de 1945.*
(...)

ARTÍCULO 6. *De conformidad con lo dispuesto por el Decreto número 2567, de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres (3) últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor de doce (12) meses.*
PARÁGRAFO 1. *Además, el cómputo se hará teniendo en cuenta no solo el salario fijo, sino todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones, pero no las sumas que ocasionalmente se den por mera liberalidad del patrono. (…)"*

El artículo 13 del mismo Decreto 1160 de 1947, prevé el siguiente tenor literal:

> *"Las disposiciones del presente Decreto, tanto en lo que se refiere a los trabajadores del servicio oficial como a los de las empresas particulares, sólo le serán aplicables mientras no existan normas legales de carácter especial, o estipulaciones contractuales, que les concedan derechos más amplios o que regulen su situación jurídica en lo referente al auxilio de cesantía de una manera más favorable."*

El Consejo de Estado dijo lo siguiente sobre la normativa antes descrita:

> *"Las normas antes referidas tuvieron aplicación inicial para el sector público en los órdenes nacional, seccional y local. Además, contemplaron para efectos de su liquidación tener en cuenta el último salario fijo devengado - a menos que hubiere tenido variación en los tres últimos meses- y todo lo recibido por el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios. La preceptiva jurídica no contemplaba hasta este momento pago alguno por concepto de intereses.*
>
> *Para concluir la primera parte, el régimen de cesantías tenía carácter retroactivo y, en tal virtud, se tenía en cuenta el último sueldo devengado por el servidor público para efectos de liquidar la prestación por todo el tiempo de servicios, lo que conllevaba a que el pago efectuado siempre fuera actualizado.*[3]

Posteriormente, se promulgó la Ley 244 de 1995, por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones, la cual señala:

> ***"ARTÍCULO 1.*** *Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los*

[3] Sentencia de 19 de julio de 2007, M.P. JAIME MORENO GARCÍA, Exp. No. 15001-23-31-000-2000-02033-01(9228-05), Actor: OSCAR ARMANDO RODRÍGUEZ.

servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

ARTÍCULO 2. *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. (…)"*

Finalmente, se promulgó la Ley 1071 de 2006, por medio de la cual se adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, se reguló el pago de **las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos**, se establecieron sanciones y se fijaron términos para su cancelación, señalando:

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

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

ARTÍCULO 5. MORA EN EL PAGO. *La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el*

acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

Como puede observarse, la indemnización moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, es una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación parcial o definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada ley.

De lo anterior se concluye que cuando los supuestos fácticos recaen sobre el pago tardío de las cesantías de los servidores públicos, el legislador no previó una sanción diferente a la del pago de un día de salario por cada día de retardo.

Así las cosas, la moratoria en el pago de las cesantías se rige por el procedimiento contemplado en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, previendo que luego de presentada la solicitud, la entidad cuenta con 15 días máximo para expedir la resolución de liquidación de las **cesantías definitivas y/o parciales**, 10 días de ejecutoria y 45 días hábiles para el pago, luego de los cuales empezará a correr la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo.

Se comprende de las anteriores normas, en consonancia con la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, que la sanción por mora equivale a un día de salario por cada día de retardo en el pago efectivo de las cesantías **definitivas y/o parciales** que se reconocen a favor de los servidores públicos, incluidos los docentes.

Sobre la manera como debe hacerse el cómputo para el pago de la sanción moratoria, la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó en reciente sentencia de unificación:

> *"Sentar jurisprudencia precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago."*

5.3. DE LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN POR MORA REGULADA POR LA LEY 1071 DE 2006 A LOS DOCENTES

Debe indicar el Despacho, que existe una línea jurisprudencial clara que constituye doctrina vinculante en cuanto al régimen aplicable a los docentes respecto de la sanción por mora en la cancelación oportuna de las cesantías, toda vez que del recorrido al respecto se encontraron decisiones del órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa[4] y de la Corte Constitucional.

Al respecto existen sentencias proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado,[5] en las cuales reconocen la referida sanción, sin mayores ambages, dando aplicación a la Ley 244 de 1995 y a la Ley 1071 de 2006 a los docentes.

---

[4] Sentencia del 14 de abril de 2010 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado- Radicado No. 44001-23-31-000-2000-00522-03 (27781), M.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar.
Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección "A "consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren radicación no. 11001-03-15-000-2012-00947-00 actor: Janeth Betancourt Salazar

[5] - Sección Segunda Subsección "B", M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicación No. 23001-23-31-000-2004-00069-02(0859-08), actor: Hugo Carlos Pretelt Naranjo, sentencia del 21
de mayo de 2009.
- Sección Segunda Subsección "A", M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación No. 19001-23-31-000-2003-01299-01(0672-09), actor: Eduardo Montoya Villafañe,
sentencia del 21 de octubre de 2011.

La Corte Constitucional, recientemente unificó su jurisprudencia en lo relativo al tema que nos ocupa, mediante sentencia SU 336 de 2017[6], donde esa Corporación concluyó lo siguiente:

> *"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 tiene 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.*
>
> *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,*

[6] Sentencia del 18 de mayo de 2017. MP: Iván Humberto Escrucería Mayolo.

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[7]."

Igualmente, el Consejo de Estado, en sentencia del pasado 28 de junio de 2018, con ponencia de la Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, manifestó lo siguiente:

"Como se expuso en el acápite precedente, de acuerdo con los mandatos constitucionales previstos en los artículos 13 y 53, en los términos señalados por el Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo[8] y la SU336/17 de la Corte Constitucional, los docentes al igual que los demás servidores públicos, son sujetos pasibles de la sanción moratoria prevista la Ley 244 de 1995[9], modificada por la Ley 1071 de 2006."[10]

Adicionalmente, el Consejo de Estado - Sección Segunda, en reciente Sentencia de Unificación SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018[11], definió que a los docentes oficiales sí les son aplicables, en materia de sanción moratoria, las previsiones de la Ley 244 de 1995 y disposiciones complementarias. Así lo expresó:

"3.5.1 ***Unificar jurisprudencia*** *en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es*

---

[7] Sentencias C-741 de 2012 y C-486 de 2016.
[8] Sentencia CE-SUJ2-005-16. Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15). C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter.
[9] Ibídem 49.
[10] Radicación No. 730012333000201400455 01.-
[11] Radicación 73001-23-33-000-2014-00580-01, número interno 4961-15.

aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 ***Sentar jurisprudencia*** *precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.*

(…)

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

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

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

Por lo anterior, se aplica la jurisprudencia del Consejo de Estado, que ha venido a reforzarse con la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, toda vez que a criterio del Despacho es la posición que mejor responde al principio de favorabilidad que debe primar en materia laboral por resultar menos favorable el régimen especial que el general, como también garantiza el principio de igualdad

material de los docentes frente a otros servidores públicos; pues no sería razonable ni justo que los docentes, a diferencia de otros trabajadores, tuvieran que soportar la demora en el pago de sus cesantías, sin ninguna consecuencia para el empleador o, en este caso el Fondo que tiene a su cargo dicho pago.

Así las cosas, aplicando el precedente de unificación jurisprudencial anotado, se debe concluir que la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006 sí puede concederse a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en caso de demostrarse que se incurrió en mora en el pago de las cesantías parciales o definitivas.

Por demás, se debe atender dentro de una interpretación histórico - finalista de la Ley 244 de1995, que contempló en su inicio la sanción por mora, los motivos que llevaron al legislador a imponer tal sanción. Exposición de motivos que relacionó la sentencia de la Sala Plena del 27 de marzo de 2007,[12]

> "*La finalidad del legislador al establecer una sanción por el retardo en el pago de las cesantías definitivas quedó configurada en la exposición de motivos, en la cual el ponente del proyecto manifestó:*
>
> *"…la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites. Este hecho origina además cierto tipo de favorecimiento y que se modifique el orden de radicación de las solicitudes, prácticamente al mejor postor.*

[12] Radicación N° 76001233100020000251301, C.P Jesús María Lemos Bustamante,

Además de este factor de corruptela y tras la tortuosa espera, cuando el final se paga al trabajador su cesantía, tan sólo se le entrega lo que certificó la entidad patronal meses, y hasta años, atrás, al momento de la liquidación. Ni un peso más. No obstante que la entidad pagadora, los Fondos, durante todo ese tiempo han estado trabajando esos dineros a unos intereses elevados, con beneficio para la institución, pero sin ningún reconocimiento para el trabajador."[13]

En este sentido cabe afirmar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías, buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores.

De otro lado, advierte el Despacho que es un hecho cierto que los docentes cuentan con un régimen prestacional especial que regula de manera especial el pago de las cesantías para los docentes, es decir la ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, mediante el cual se reglamentan el inciso 2 del artículo 3 y el numeral 6° del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones, que no contemplan nada acerca del tiempo o plazo con el que cuenta la administración para efectuar el pago de las mismas, por lo cual, el despacho además de acatar el criterio de favorabilidad laboral, debe hacer uso de los criterios de interpretación teleológica y sistemática, para arribar a la conclusión de que los docentes también tienen derecho a la sanción por mora en el pago de sus cesantías.

6. CASO CONCRETO

Dado que el demandante radicó la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías **parciales** el **20 de septiembre de 2017,** y que no se presentó la salvedad contenida en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, la entidad demandada contaba con un término de 15 días para dar respuesta a la misma, es decir tenía hasta el **11 de octubre de 2017** para proferir el acto administrativo correspondiente, el cual fue

[13] Gaceta del Congreso año IV – N°. 225 del 5 de agosto de 1995

proferido mediante **RESOLUCIÓN N° 2017 del 28 de febrero de 2018,** reconociendo y ordenando el pago del auxilio de cesantías **parciales**, de igual manera el pago efectivo de dicha prestación es efectuado **21 de julio de 2018.**

Es claro entonces que en el presente caso, se causó la sanción moratoria contenida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, pues contabilizando los quince días para dar respuesta a la solicitud, más los diez de ejecutoria y los cuarenta y cinco para el pago, es decir 70 días hábiles, siguientes a la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías, la entidad debió efectuar el pago de las mismas el **04 de enero de 2018**; sin embargo, el mismo se hizo efectivo el **21 de julio de 2018**.

6.1. PRESCRIPCIÓN

Ahora bien, respecto de la prescripción trienal, es menester comenzar diciendo que la prescripción, de conformidad con lo determinado por el Código Civil, es un modo de extinguir las acciones o derecho por no haberse ejercido dichas acciones o derechos durante cierto lapso de tiempo.

A este efecto, este Despacho destaca que el Consejo de Estado en sentencia del 15 de febrero de 2018[14], precisó que la sanción moratoria se debe reclamar desde que esta se hace exigible, so pena de que opere la prescripción y al respecto manifestó que *"…los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación cesantías…".*

Y reiteró que *"(…) si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe*

[14] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P. **William Hernández Gómez, rad N° 27001-23-33-000-2013-00188-01(0810-14).**

efectuar la consignación de esa prestación...", pese a que "…como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles…"

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

> ***"ARTÍCULO 151. PRESCRIPCIÓN.*** *Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."*

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

Así las cosas y en aplicación del precedente anterior, tenemos que en el caso concreto la sanción moratoria se causó a partir del **05 de enero de 2018**, día siguiente a la fecha en que se cumplieron los 70 días que contemplan las leyes aplicables a este asunto para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas, teniendo en cuenta que las cesantías fueron solicitadas el **20 de septiembre de 2017,** como se extrae de la Resolución No. **2017 del 28 de febrero de 2017**.

Significa lo anterior que **la actora** contaba con el término de 03 años contados desde que se hizo exigible la obligación para reclamar la sanción por el pago tardío de las cesantías parciales.

En virtud de la normativa citada, considera el Despacho que la excepción de prescripción, no está llamada a prosperar, toda vez que el derecho a reclamar la sanción moratoria surgió a partir del **05 de enero de 2018**, la petición fue presentada el **28 de septiembre de 2018** ante el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la demanda fue presentada el **22 de julio de 2019.**

En virtud de lo expuesto, el Despacho procederá a declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto producto de la no contestación a la **PETICIÓN de fecha 28 de septiembre de 2018** radicada ante la SECRETARÍA DE **EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C. – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, y a título de restablecimiento del derecho condenará a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contenida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, esto es un día de salario por cada día de retardo, desde el **05 de enero de 2018**, (día siguiente a la fecha en que se debió efectuar el pago de las cesantías), hasta el **21 de julio de 2018** (fecha en la que se efectuó el pago de las cesantías), teniendo en cuenta el salario que sirvió de base para liquidar las cesantías.

6.2. INDEXACIÓN

Frente a la indexación solicitada el Despacho acoge la reciente postura del Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A, en la que se sostuvo que la indexación de la sanción moratoria no procede durante el tiempo de su causación, pero si una vez esta finaliza y se ordena por condena judicial.

Para sostener dicha tesis se tiene como principal argumento los expuestos en la **Sentencia de Unificación CE-SUJ-SH-012-2018 el 18 de julio de 2018** en lo que refiere a la improcedencia de la indexación del valor a pagar por sanción moratoria en los casos de los docentes, en el sentido que la indemnización moratoria constituye una penalidad ante el incumplimiento de los plazos previstos en la ley para el reconocimiento y pago de las cesantías, en consecuencia, no está sujeta a una indexación monetaria.

En ese orden de ideas y evolucionando sobre dicha postura el Consejo de Estado[15] está sosteniendo la tesis que:

> *"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 indexarla 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 siguientes: 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 si 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."*

[15] Consejo Ponente: William Hernández Gómez. Rad: 68001-23-33-000-2016-00406-01 (1728-2018) Sentencia de 26 de agosto de 2019

En conclusión, no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación dada la naturaleza de dicha indemnización, sin embargo el valor total generado si se ajustará en su valor desde le fecha que cesó dicha mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

La suma que deberá pagar la entidad accionada como condena a favor de la parte actora deberá actualizarse de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial. La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh \times \frac{Indice\ Final}{Indice\ Inicial}$$

Dicha fórmula debe aplicarse teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la consolidación de la mora y el índice final el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

6.3. COSTAS

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la entidad demandada, de las cuales hacen parte las agencias en derecho, pues conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no se ha comprobado temeridad o mala fe de la demandada. El H. Consejo de Estado ha señalado: *"(…) sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que,* contrario sensu*, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas"*[16] y en vigencia de la Ley 1437 de 2011 ha reiterado[17], acudiendo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-342/2008, que: "*En ese orden, como las costas*

[16] Sentencia 25 de mayo 2006 Subsección B, C. P. Dr. Jesús María Lemos, Radicación No. 25000-23-25-000-2001-04955-01 (2427-2004) Demandado: BOGOTÁ-D.C- Sria. EDUCACIÓN.
[17] Consejo de Estado- Sección Primera, auto del 17 de octubre de 2013, expediente No. 15001-23-33-000-2012-00282-01, C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA.

procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia, ***su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso***." (Énfasis del Juzgado). Tampoco se comprobaron los hechos que, conforme lo exige el artículo 365-8 del C.G. del P., dan lugar a las costas.

Para el cabal cumplimiento de esta sentencia la entidad demandada debe tener en cuenta los artículos 192, 193 y 195 de la Ley 1437 de 2011, cuya observancia por parte de la administración debe darse sin necesidad de mandato judicial.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Veintitrés (23) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR LA EXISTENCIA DE SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO y por ende del ACTO ADMINISTRATIVO FICTO O PRESUNTO, originado en la falta de respuesta a la señora **LUZ MARINA MUÑOZ SANTIAGO** de la **PETICIÓN DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2018** que elevó ante la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO FICTO O PRESUNTO, originado en la falta de respuesta a la señora **LUZ MARINA MUÑOZ SANTIAGO** de la **PETICIÓN DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2018** que elevó ante la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, mediante la cual se le negó la sanción por mora en el pago de sus cesantías parciales.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, condénese la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** para que **A TRAVÉS DE LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** cancele a favor de la señora **LUZ MARINA MUÑOZ SANTIAGO**, identificada con C.C. N° **51.789.769**, la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías **parciales**, contenida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, esto es un día de salario por cada día de retardo, desde el **05 de enero de 2018**, (día siguiente a la fecha en que se debió efectuar el pago de las cesantías), hasta el **21 de julio de 2018** (fecha en la que se efectuó el pago de las cesantías **parciales**), teniendo en cuenta el salario que sirvió de base para liquidar las cesantías, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. La suma total causada por sanción moratoria se ajustará desde el día siguiente en que esta cesó, hasta la ejecutoria de la sentencia en atención a la formula señalada en la parte motiva.

CUARTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda. No se condena en costas ni agencias en derecho a la entidad, por las razones expuestas.

QUINTO: La entidad condenada dará cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, sin necesidad de mandato judicial.

SEXTO: En firme esta Sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Igualmente **EXPÍDASE** a la parte demandante copia íntegra y autentica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

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

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA TERESA LEYES BONILLA

JUEZ

Firmado Por:

MARIA TERESA LEYES BONILLA

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 023 ADMINISTRATIVO-SECCION 2 DEL CIRCUITO DE BOGOTA

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:
541a39d1c8bac287b543250bfd7c24e4534df743a85a5cd7c73df8358a6d70fe

Documento generado en 08/09/2020 03:40:29 p.m.