

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA¹

Bogotá D.C., ocho (08) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2019-00475-00²

DEMANDANTE: ESPERANZA AGUDELO MALDONADO

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – Y OTROS.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

La señora ESPERANZA AGUDELO MALDONADO, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 41.734.202 expedida en Bogotá, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del CPACA, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –

¹ **Correos electrónicos:** jadmin46bta@notificacionesrj.gov.co y jadmin46bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

² <https://etbcsj->

my.sharepoint.com/:f/g/personal/jadmin46bt_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ephli_TDWkZApXrjm53QyP4BPqZgxAgy9IKm8pD-13mrkA?e=N0GBXA

FOMAG – y otros, con el fin de que se hagan las siguientes declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

En la demanda se formularon las siguientes:

1. Que se declare la nulidad de la comunicación No. 20191090990331 del 09 de mayo de 2019, mediante el cual la Fiduprevisora S.A., previa remisión efectuada por la Secretaría de Educación de Bogotá, informa que fue aprobada la petición del pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las Cesantías, sin especificar el valor a reconocer ni la fecha a efectuar el pago.

2. Que, a título de restablecimiento del derecho, se declare que el Ministerio de Educación Nacional debe reconocer y pagar la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías en los términos de la Ley 1071 de 2006.

3. Que la indemnización moratoria debe ser reconocida teniendo en cuenta que la demandante devengaba un salario de \$4.129.767, y la mora corresponde a 125 días, por lo cual el valor de la indemnización corresponde a una cuantía de \$17.027.362,5.

4. Condenar a la entidad demandada a que reconozca y pague a favor del demandante intereses comerciales y moratorios conforme a lo previsto en el artículo 195 ibidem, en el evento que no dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del CPACA.

5. Que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar a la parte actora las costas y agencias en derecho.

1.1.2 Fundamento fáctico

Como sustento de las pretensiones, el accionante narra, entre otros, los hechos que a continuación se sintetizan:

1. La señora Esperanza Agudelo Maldonado laboró como docente al servicio del estado desde el 29 de abril de 1977 hasta el 25 de abril de 2018.

2. El día 17 de julio de 2018, solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.
3. Mediante Resolución. No. 11404 del 09 de noviembre de 2018, la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva a la señora Esperanza Agudelo Maldonado, en cuantía de \$168.689.510.
4. El plazo previsto en la Ley 1071 de 2006 para reconocer las cesantías se cumplió el 26 de octubre de 2018.
5. Mediante derecho de petición radicado el día 19 de marzo de 2019, se solicitó ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria que trata la Ley 1071 de 2006.
6. Mediante comunicación del 21 de marzo de 2019, recibida el 28 de marzo de 2019, la Secretaría de Educación de Bogotá informa al demandante que remitió por competencia a la Fiduprevisora la petición incoada.
7. Mediante comunicación No. 20191090990331 del 09 de mayo de 2019, la Fiduprevisora informa que la solicitud fue aprobada e informan que el pago será incluido en nómina según disponibilidad presupuestal para el año 2019, sin especificar valor alguno a reconocer ni la fecha para hacerlo.
8. A la fecha no se ha efectuado el pago de la indemnización moratoria.
9. La entidad demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías equivalente a 125 días, contados desde el 26 de octubre de 2018 hasta el día 01 de marzo de 2019.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: artículos 1, 2, 13, 25, 29, 48 y 53 de la Constitución Política.

De orden Legal: Código Sustantivo del Trabajo, artículo 21; Leyes 57 y 153 de 1887 y Decreto 1071 de 2006.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse, como quiera que la entidad demandada contravino las normas citadas como violadas. En ellas se dispone que las entidades encargadas del reconocimiento de las cesantías deben proceder al pago de dicha prestación en un plazo máximo de 70 días, contados desde la fecha de presentación de la solicitud de reconocimiento, y en evento que ello no ocurra, deberá pagar la sanción moratoria, consistente en un día de salario por cada día de retraso en el pago.

Se destaca que, si bien la entidad demandada acepta que incurrió en mora por el no pago de cesantías, no se ha determinado el valor reconocido al demandante, y menos aún, se ha pagado valor alguno por dicho concepto. Resalta que la moratoria adeudada a la demandante es equivalente a 125 días, causados desde el 27 de octubre de 2018 hasta el 01 de marzo de 2019, en razón a un día de salario por cada día de mora.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda³

El **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones. Para tal efecto, como argumento principal de defensa, la parte demandada esgrime que el acto administrativo demandado se ajusta a la normatividad que rige al caso concreto. En efecto, sostiene que el acto administrativo demandado reconoció la sanción moratoria a favor del demandante, de lo que se infiere que no existe ilegalidad, por lo que no hay lugar a la declaratoria de su nulidad.

Aunado a lo anterior, aduce que, en el presente asunto, la moratoria se causó desde el 29 de octubre de 2018 hasta el 17 de febrero de 2019, por lo que la sanción moratoria es de 110 días, no de 125 como lo pretende la parte actora.

Finalmente, la entidad demandada se opone a la indexación de la sanción moratoria y al pago de costas y gastos procesales.

³ Documento 7 del expediente digital.

La Secretaría de Educación Distrital y la Fiduciaria la Previsora S.A., no contestaron la demanda.

1.2.2 Alegatos de conclusión

En virtud de lo dispuesto por el Gobierno Nacional mediante Decreto 806 de 4 de junio de 2020⁴, que en su artículo 13 estableció los parámetros para proferir sentencia anticipada, norma concordante con el artículo 182A del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adicionado por la Ley 2080 de 25 de enero de 2020, el despacho mediante proveído del 11 de diciembre de 2020, corrió traslado a las partes y al ministerio público por el término común de 10 días con el fin que presentaran sus alegatos de conclusión y concepto por escrito, respectivamente.

Una vez vencido el término anterior, las partes presentaron sus alegatos de conclusión de la siguiente manera:

Parte actora⁵: El apoderado de la parte actora presentó alegatos de conclusión, en los que reiteró los fundamentos de hecho y de derechos contenidos en la demanda.

Las **entidades demandadas** y el agente del **Ministerio Público** guardaron silencio en esta etapa procesal.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

En el presente asunto se pretende establecer: Si le asiste o no a la demandante el derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

⁴ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"

⁵ Documento 10 del expediente digital.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

1. La señora Esperanza Agudelo Maldonado prestó sus servicios a la Secretaría de Educación de Bogotá, desempeñándose como docente.
2. La demandante, mediante petición radicada bajo el No. 2018-CES-602139 de 17 de julio de 2018, solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías.
3. Mediante la Resolución No. 11404 del 09 de noviembre de 2018, la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva en favor de la señora Esperanza Agudelo Maldonado.
4. El día 01 de marzo de 2019, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le pagó a la accionante las cesantías definitivas.
5. A través derecho de petición elevado ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG -, el día 19 de marzo de 2019, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías reconocidas mediante la Resolución No. 11404 del 09 de noviembre de 2018.
6. Mediante oficio No. 20191090990331 de 09 de mayo de 2019, la Fiduciaria La Previsora reconoce el derecho que le asiste a la demandante respecto del pago de la sanción moratoria, y en tal sentido dispone que el pago será incluido en nómina según la disponibilidad presupuestal del año 2019.

2.3 Marco Normativo.

2.3.1 Marco normativo - Sanción Moratoria.

Se tiene que en el presente asunto lo pretendido por la parte actora es el reconocimiento y pago de la sanción por mora derivada del pago tardío de las cesantías, conforme lo preceptuado en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Se debe por tanto señalar, que las cesantías son prestaciones sociales de carácter económico, de orden público, irrenunciables que hacen parte de la seguridad social de los trabajadores y tienen como objetivo la entrega de medios económicos que

garanticen la congrua subsistencia del núcleo familiar, durante la época en el que el trabajador se encuentre cesante. En tratándose del sector público existen tres regímenes de liquidación de cesantías, a saber: a) El de liquidación retroactiva⁶; b) El de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro⁷, y c) El de los pertenecientes a fondos privados de cesantías⁸.

De otro lado, se tiene que la sanción moratoria es una indemnización 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 definitiva o parcial del auxilio de cesantía.

La Ley 50 de 1990⁹, respecto de la forma de liquidar las cesantías, las fechas establecidas para su consignación y la sanción moratoria derivada del pago tardío, en su artículo 99, señala:

“Artículo 99º.- **El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía**, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, **sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.**

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. **El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.** (Subraya y negrita del Despacho).

De lo anterior, se infiere que la Ley 50 de 1990, por un lado, permitió que las cesantías fueran administradas por los fondos, y de otra parte, determinó que el incumplimiento con la obligación de consignar el valor de las mismas en la cuenta individual del trabajador, ocasionaría una sanción al empleador.

Por su parte a Ley 244 de 1995¹⁰, estableció la normatividad que debe aplicarse para que las entidades públicas efectuarán el pago de las cesantías en tiempo a los

⁶ Contenido en la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

⁷ Establecido en el Decreto 3118 de 1968.

⁸ Contemplado en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 de 1998

⁹ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

¹⁰ “Se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”

servidores públicos, sin embargo, esta normatividad fue modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006¹¹ en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.

ARTÍCULO 2o. **ÁMBITO DE APLICACIÓN.** Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

ARTÍCULO 3o. RETIRO PARCIAL DE CESANTÍAS. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2o de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.
2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.

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

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

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

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

¹¹ "Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías"

De conformidad con el texto de las disposiciones normativas antes transcritas, es claro que la Ley 244 de 1995, diferencia claramente dos situaciones para efectos de contabilizar los términos a los cuales deben sujetarse las entidades públicas encargadas del reconocimiento del auxilio de cesantías. La primera de ellas se encuentra referida a la expedición del acto administrativo que decide sobre el derecho del servidor al reconocimiento del auxilio monetario aludido y a su liquidación, frente a la cual la ley estipula un término de 15 o 10 días hábiles, según que se presente la documentación completa o no, y la segunda, relativa al pago efectivo por dicho concepto en un plazo perentorio de 45 días hábiles.

En este orden de ideas, se colige que cuando la documentación se presenta completa, el reconocimiento y pago de las cesantías, bien sea para el retiro parcial de cesantías o definitivas, debe obedecer a los siguientes términos:

1. 15 días a partir de la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías para expedir la resolución,
2. 5 días de ejecutoria y (10 días en el CPACA)
3. 45 días para efectuar el pago, para un total de 65 días hábiles.

De lo expuesto, se infiere que el fin del legislador al estipular los anteriores términos, no era otro que el de materializar los postulados constitucionales, referidos al pago oportuno de los salarios, las prestaciones sociales y las pensiones, y pretender evitar que por la ineficiencia de la administración el servidor se vea perjudicado y no reciba a tiempo el auxilio de cesantía que como se sabe es una prestación social que se reconoce en proporción al tiempo de servicio prestado.

Ahora bien, el Consejo de Estado, **en providencia de 24 de abril de 2008**, frente al reconocimiento y pago de la mora en las cesantías, señaló:

“El momento a partir del cual **se cuenta el plazo legal** referido en las normas transcritas **es el de la fecha de solicitud de reconocimiento por parte del interesado**, tal como lo ha establecido esta Corporación en reiteradas oportunidades:

(...)

Así, el término con el que cuenta la administración para efectuar el pago efectivo del auxilio de cesantía **es de sesenta y cinco (65) días hábiles siguientes al día de la presentación de la solicitud de su reconocimiento**. Este término comprende quince (15) días hábiles para expedir la Resolución de liquidación de las cesantías definitivas, cinco (5) días hábiles de su ejecutoria, y cuarenta y cinco (45) días hábiles para efectuar el pago de la prestación social.

No se compadece con el sentido de la normatividad mencionada que la indemnización por la falta de pago oportuno de cesantías **se genere sólo ante el incumplimiento del término de 45 días contados a partir del momento en que se encuentre en firme el acto administrativo que las reconozca**, porque se dejaría desamparado al ex servidor en el evento en que la administración tarde más de los 15 días para expedirlo.

Tal como se mencionó anteriormente, **el término de los 65 días hábiles con el que cuenta la administración para efectuar el pago efectivo de las cesantías, se contabiliza a partir de la fecha en que se realiza la solicitud por parte del interesado**, si esta reúne los requisitos necesarios para su reconocimiento”¹².
(Negrillas fuera del texto original).

En materia de reconocimiento de la sanción moratoria el Consejo de Estado¹³ se ha pronunciado de manera reiterada en el sentido de señalar que esa indemnización por mora fue establecida mediante la Ley 244 de 1995 como una “sanción” a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último ante el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía dentro de los términos previstos de manera expresa por la ley.

Cita la sentencia C-448 de 1996, en que se declaró exequible el parágrafo 3º de la Ley 244 de 1995, oportunidad en que la Corte enfatizó que desde la exposición de motivos del proyecto de ley fue clara en desarrollar el inciso final del artículo 53 de la Constitución, en tanto “los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente, entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y sus familiares, razón por la cual, el pago de la cesantía debe ser oportuno, pues precisamente la finalidad de esta prestación es la de entregarle al trabajador una suma de dinero para satisfacer sus necesidades inmediatas al retiro y en proporción al tiempo servido”.

Ha explicado la Alta Corporación Contenciosa, que el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006, que modificó la Ley 244 de 1995, cubre a todos los empleados y trabajadores del Estado, como quedó consagrado en la exposición de motivos, al advertir que “la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los

¹² CE, SCA, S2, SS “B”, sentencia de 24 de abril de 2008, Rad. N°. 52001-23-31-000-2002-00036-01 (7008-05), Actor: José Antonio Torres Cerón, Demandado: municipio de Albán – Nariño.

¹³ CE, SCA, S2, SS “B”, Radicación núm. 66001-23-33-000-2013-00189-01. Número interno 1498-14. CP: Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Diva Liliana Diago del Castillo. Demandado: Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio./CE, SCA, S2, SS “A” Radicación núm. 66001-23-33-000-2013-00190-01. Número interno 1520-2014. CP: William Hernández Gómez. Actor: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz. Demandado: Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio / CE, SCA, S2, SS “B”, Radicación núm. 73001-23-31-000-2013-00192-01. Número interno 0271-14. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Actor: Yaneth Lucía Gutiérrez Gutiérrez. Demandado: Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Ibagué.

órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no sólo a nivel nacional sino territorial”.

A juicio del Consejo de Estado no existe ninguna razón para excluir a los docentes del sector oficial del derecho al pago oportuno de las cesantías desarrollado en dicho precepto legal, “pues al igual de los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se le reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente, el derecho a la igualdad de oportunidades de estos trabajadores, establecido en el artículo 53 C.P. y el artículo 13 ibídem”.

Al respecto en idéntico sentido la Corte Constitucional¹⁴ señaló:

“La creación de regímenes especiales para ciertos sectores tienden a otorgar mayores beneficios y ser más favorables que los establecidos en el régimen general; sin embargo, la Ley 91 de 1989 no pareciera ser más garantista, en lo que concierne al pago de la sanción moratoria. Al evidenciar esta circunstancia, la Sala reafirma que por tratarse de un derecho del cual es sujeto todo trabajador sin distinción alguna, con base en la voluntad misma del legislador, en aplicación de los postulados constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación y a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, a los docentes oficiales les es aplicable el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, que contempla la posibilidad de reconocer a favor de estos la sanción por el pago tardío de las cesantías previamente reconocidas. Esta resulta ser la condición más beneficiosa para los trabajadores docentes del sector oficial y, en esa medida, se adecue mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales.

(...)

La aplicación del régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, a los docentes oficiales, en lo que tiene que ver con el pago de la sanción moratoria, se soporta en argumentos materiales sobre la naturaleza propia de la labor desempeñada por los docentes que les otorga un trato equivalente al de los empleados públicos, independientemente de que no estén catalogados de manera expresa como tales, y en la intención misma del legislador de fijar el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 para todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, dentro de los cuales, según lo ha entendido esta Corporación, se entienden incluidos los docentes del sector oficial en razón a sus funciones y características.

Bajo ese entendido, la aplicación de este régimen a los docentes estatales se adecúa a los postulados constitucionales, por las siguientes razones:

(i) El pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, y desarrolla la finalidad constitucional por la cual fue establecida esa prestación social bajo el principio de integralidad. De igual forma, se acompasa con lo establecido en los diferentes tratados internacionales sobre la materia ratificados por Colombia.

¹⁴ CC, Sentencia SU-336/17.

(ii) En la exposición de motivos de la iniciativa legislativa de la Ley 1071 de 2006 se señaló que su ámbito de aplicación cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, así como a las entidades que prestan servicios públicos y de educación, es decir, involucra a todo el aparato del Estado no solo a nivel nacional sino territorial.

(iii) Al igual que los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se les reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, por lo que proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a la igualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las cesantías.

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

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

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

En reciente pronunciamiento de unificación de jurisprudencia¹⁵ la Sección Segunda del Consejo de Estado, como órgano de cierre de esta jurisdicción fijó las siguientes pautas jurisprudenciales sobre el tema, de obligatoria observancia por parte de los jueces de esta Jurisdicción dado su carácter vinculante:

“193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

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

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley¹⁶ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la

¹⁵ CE, SCA, S2, Sentencia de unificación por Importancia jurídica. Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018. Bogotá D.C., 18 de julio de 2018. Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01. No. Interno: 4961-2015. Demandante: Jorge Luis Ospina Cardona.

¹⁶ Artículos 68 y 69 CPACA.

notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

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

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

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

Por lo anterior, éste Despacho atenderá los términos fijados en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, a fin de determinar si en el presente asunto operó la sanción moratoria que de tratan las referidas normas.

Debe recordarse que en lo referente a las cesantías parciales, la asignación básica para la liquidación de la sanción moratoria será la que devengue el servidor al momento en que presente la solicitud. Por su parte, en tratándose de las cesantías definitivas, el valor de la sanción moratoria estará determinado por la suma devengada por concepto de asignación básica para la fecha de finalización de la relación laboral o el vínculo contractual, por ser la fecha en que se hace exigible tal prestación social.

De otro lado, se tiene que, siendo la sanción moratoria es una penalidad, y como quiera que las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, no resulta viable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.

3 Caso Concreto

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, observa el Despacho que la señora Esperanza Agudelo Maldonado presentó la solicitud de reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas el día 17 de julio de 2018, y que mediante Resolución No.11404 de 09 de noviembre de 2018, la Secretaría de Educación de

Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, resolvió la petición de la demandante disponiendo reconocer y pagar el derecho pretendido por aquella.

De lo antes expuesto, y atendiendo a los términos señalados en el acápite que precede, se tiene que al haberse presentado la solicitud de reconocimiento de las cesantías definitivas el día **17 de julio de 2018**, la entidad demandada debió expedir el acto administrativo de reconocimiento a más tardar el **09 de agosto de 2018**, y el pago se debió haber efectuado, teniendo en cuenta los 10 días hábiles de ejecutoria del acto administrativo más los 45 días hábiles a partir de la fecha en que quedó en firme dicho acto, el día **29 de octubre de 2018**.

En el presente asunto la parte accionante acreditó que las cesantías parciales ordenadas en la Resolución No. 11404 de 09 de noviembre de 2018, se pagaron el día **01 de marzo de 2019**.

Así las cosas, se colige que en el presente caso la entidad demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías de la señora **Esperanza Agudelo Maldonado** desde el **30 de octubre de 2018 hasta el 28 de febrero de 2019, esto es, durante 122 días**.

Ahora bien, se destaca que la fiduciaria La Previsora, mediante oficio No. 20191090990331 de 09 de mayo de 2019, reconoció el derecho que le asiste a la demandante respecto del pago de la sanción moratoria, y en tal sentido dispuso que el pago sería incluido en nómina según la disponibilidad presupuestal del año 2019, lo que bastaría para denegar las pretensiones de la demanda.

No obstante, se observa que, si bien la entidad demandada ordenó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en favor de la demandante, cierto es que en dicho acto no se determinó con meridiana claridad el periodo de pago y/o los días en los que se incurrió en mora.

De modo que, sin determinarse el periodo de pago, el reconocimiento de la sanción por mora resulta insuficiente, más aún, cuando en el curso procesal las partes no tienen claridad del mismo. En efecto, la parte demandada alega que el periodo de causación de la sanción moratoria es de 125 días; para lo cual arguye que el periodo de causación de la mora inició el 26 de octubre de 2018, situación que no se ajusta a lo aquí analizado. Por su parte, la entidad demandada aduce que son 110 días, para

lo cual aduce que el pago se realizó el 17 de febrero de 2019, sin que se allegue prueba que acredite lo alegado por dicho extremo procesal.

Sobre el particular, y como se anotó con anterioridad, la moratoria se causó desde el 30 de octubre de 2018 hasta el 28 de febrero de 2019, es decir, por un lapso de 122 días.

De acuerdo con lo expuesto, se evidencia que, si bien la entidad demandada emitió un acto administrativo en el que se reconoce la sanción moratoria, cierto es que, por un lado, dicho acto resulta insuficiente, como quiera que no se determinó el periodo en que se causó la moratoria. Y, de otra parte, la entidad demandada no ha acreditado pago alguno por concepto de sanción moratoria en favor de la señora Esperanza Agudelo Maldonado.

En consecuencia, este Juzgado accederá a las pretensiones de la demanda declarando la nulidad parcial del acto administrativo demandado, y como restablecimiento del derecho, procederá a ordenar a la entidad demandada el reconocimiento y pago de un día del salario devengado por el demandante por cada día de retardo, conforme al parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, dentro del periodo antes indicado.

Se debe precisar que, si bien es cierto la sanción moratoria de cesantías constituye un reconocimiento con cargo a la administración como correctivo impuesto por la demora en el pago de las mismas, y que, en criterio de la Corte Constitucional¹⁷ “*no solo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella*”; no puede reconocerse simultáneamente con la indexación o actualización. No obstante, en el presente asunto no ocurre este reconocimiento, por lo que habrá de ordenarse es el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías por el periodo referido, desde **30 de octubre de 2018 hasta el 28 de febrero de 2017**, por cuanto solo durante ese periodo se causó la sanción.

Sin embargo, a partir del **01 de marzo de 2019**, y hasta que se haga efectiva la condena (fecha de ejecutoria), la administración está en la obligación de indexar la suma que resulte deber por concepto de sanción moratoria pues, con el transcurrir del tiempo el valor de dicha sanción ha sufrido una depreciación; diferente hubiera ocurrido si la administración hubiera reconocido y pagado la sanción en el mismo momento en que cesó la mora, según los términos previstos en el artículo 187 del

¹⁷ Sentencia C-448 de 1996.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Respecto del salario sobre el cual debe liquidarse la sanción moratoria deberán aplicarse las subreglas previstas en la sentencia de unificación SUL-012-S2 de 18 de julio de 2018¹⁸ proferida por el Consejo de Estado en la que se determinó que el salario que sirve para calcular la sanción moratoria cuando se trate del reconocimiento parcial de cesantías, será el vigente al momento de la mora; mientras que cuando se trate de las cesantías definitivas, **será el salario vigente al momento del retiro del servicio.**

En este entendido, el despacho procederá a declarar la nulidad del acto administrativo ficto acusado, por medio del cual se le negó a la actora el pago de la sanción por mora contemplada en la Ley 1071 de 2006.

La entidad demandada, pagará al demandante la diferencia entre la nueva liquidación y la suma ajustada teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \quad X \quad \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió realizarse el pago de la moratoria.

Prescripción

En sentencia de unificación N°. CE-SUJ004 de 25 de agosto de 2016¹⁹, el Consejo de Estado precisó que la sanción moratoria es autónoma y prescriptible, siendo importante para ello tener en cuenta el término establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que al referirse a la prescripción prevé:

“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto **prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haga exigible.** El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.” (énfasis agregado).

¹⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Exp. N°. 73001-23-33-000-2014-000580-01 (4961-2015), Actor, Jorge Luis Ospina Cardona.

¹⁹ Sección Segunda, Rad. N°. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14).

Sobre el asunto que nos atañe en el presente proceso, es del caso requerir indicar que el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa, recientemente²⁰ ha determinado que en tratándose de la sanción moratoria la obligación se hace exigible desde el día siguiente al vencimiento del plazo otorgado a la entidad para pagar el auxilio de cesantías, y no desde la fecha del reconocimiento de las cesantías o desde el pago de las mismas.

De acuerdo a lo expuesto, y en virtud del acatamiento del precedente vertical, el despacho acoge la postura del Consejo de Estado, de tener en cuenta para efectos de la prescripción de la sanción moratoria la fecha en la cual la entidad inició a ponerse en mora, y no desde la fecha del pago, como lo venía reconociendo este juzgador.

Así las cosas, comoquiera que la entidad demandada incurrió en mora desde el día **30 de octubre de 2018**, y que el derecho de petición a través del cual el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria se radicó el **19 de marzo de 2019**, se concluye que en el presente asunto no operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

Costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecencial en costas, solo le da la posibilidad

²⁰ En sentencias de 14 de junio de 2018, Rad. N°.44001-23-33-000-2016-00130-01 (3567-17); de 31 de mayo de 2018, 73001-23-33-000-2014-00667-01 (4445-15); 26 de abril de 2018, Rad. N°. 08001-23-33-000-2015-00009-01 (3230-16); 19 de abril de 2018 08001-23-33-000-2013-00721-01 (2653-15).

de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones²¹ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución.

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho de defensa ejercido por la demandada estuvo orientado a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección “B”, Consejero Ponente: Cesar Palomino Cortes, Bogotá, D.C., sentencia de 28 de octubre de 2016, radicación número: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez. Demandado: UGPP.

* Subsección B, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá D. C., providencia de 3 de noviembre de 2016, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez. Demandado: COLPENSIONES.

* Subsección “B” Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C., sentencia de 19 de enero de 2017, Radicación número: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia palacios de Mosquera, Demandado: UGPP.

* Sección Cuarta, Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo. Demandado: Municipio de Medellín.

De igual forma, en lo que respecta a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la **NULIDAD PARCIAL** del oficio No. 20191090990331 de 09 de mayo de 2019, proferido por la fiduciaria La Previsora, por medio del cual se ordenó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a la señora ESPERANZA AGUDELO MALDONADO, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 41.734.202 expedida en Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que a través de la fiduciaria LA PREVISORA S.A., en calidad de administradora de los recursos del Fondo, reconozca y pague a la señora ESPERANZA AGUDELO MALDONADO, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 41.734.202 expedida en Bogotá, la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, desde el **30 de octubre de 2018 hasta el 28 de febrero de 2019, es decir, por un lapso de 122 días**, tal y como lo dispone el parágrafo del artículo 2° de la Ley 244 de 1995, modificado por el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

El pago de la sanción moratoria aquí ordenada deberá realizarse con el salario vigente al del retiro definitivo del servicio.

En todo caso la fiduciaria La Previsora podrá reclamar el pago de la sanción moratoria durante el periodo comprendido entre el **30 de octubre de 2018 y el 09 de noviembre de 2018** a la Secretaría de Educación de Bogotá, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, bajo el entendido que en dicho periodo la moratoria ocurrió por causa atribuible a dicha entidad.

TERCERO: CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que a través de la fiduciaria LA PREVISORA S.A., en calidad de administradora de los recursos del Fondo, a INDEXAR el valor de la sanción moratoria a partir del **01 de marzo de 2019** hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia en términos del artículo 187 del CPACA.

CUARTO: Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

QUINTO: Sin lugar a condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada, conforme a lo expuesto en la parte motiva

SEXTO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA, y reconocer intereses conforme al artículo 195 ibidem.

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría, devuélvase al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y archívese el expediente

NOTÍFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

ELKIN ALONSO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

JUEZ

JUEZ - JUZGADO 046 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

EXPEDIENTE N°: 11001-33-42-046-2019-00475-00
DEMANDANTE: ESPERANZA AGUDELO MALDONADO
DEMANDADO: FOMAG - FIDUPREVISORA

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:

ad6762ea0d4372f861138f5a5a1fb203de9795db5b90c83157efa106aac53a22

Documento generado en 08/03/2021 08:57:12 AM

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