

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO CINCUENTA Y CUATRO (54) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil veintidós (2022)

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Expediente No. : 1100133 42 054 **2021 00229 00**
Demandante : JOSÉ MIGUEL YANQUÉN AVILA
Demandado : NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL,
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ, FONDO
DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -
FOMAG
Asunto : Cesantías – Sanción Mora

Se encuentra el expediente al despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso iniciado por el señor JOSÉ MIGUEL YANQUÉN AVILA, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 7.165.183 por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ, sin encontrarse causal de nulidad que invalide lo actuado y cumplidos los presupuestos y las ritualidades procesales se procede a efectuar el análisis jurídico del *sub lite*, de la siguiente manera:

ANTECEDENTES

1. DEMANDA¹

1.1. Pretensiones

“PRIMERO: Se reconozca el derecho que tiene el docente JOSE MIGUEL YANQUEN AVILA, y que se haga el desembolso de las cesantías a que tiene derecho, que están consagradas en el extracto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, y que de acuerdo a la ley 50 de 1990, son anualizadas y abonadas antes del 15 de febrero de

¹ Documento 001Demanda.pdf

cada año; ya que los intereses han sido abonados a su cuenta de ahorros de nómina del Banco Bogotá.

SEGUNDO: Se declare la Nulidad de la resolución 6326 del 18 de noviembre del 2020 expedido por SED-BOGOTA y notificado el día 15 de diciembre del 2020 con el que se NIEGA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE UNAS CESANTIAS DEFINITIVAS: y la con resolución 0004 de la SED-BOGOTA del 5 de enero del 2020 y notificado el día 12 de febrero del 2021 (con la que confirman la decisión negativa de la resolución 6326 del 18 de noviembre del 2020).

TERCERO: Se paguen de las cesantías a que tiene derecho, por haber laborado como docente en los servicios educativos en la Secretaría de Educación de Bogotá, NIT 899.999.061-9 escalafón 2-A con nombramiento en propiedad desde el día 3 de agosto de 2015 al 31 de enero de 2017. Que fueron abonadas al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, de acuerdo al extracto anexado FOMAG, para el año 2015 el 12 de marzo de 2016, para el año 2016 el 17 de marzo de 2017 y para el año 2017 fue consignado al fondo el día 16 de marzo de 2018 a nombre del docente JOSE MIGUEL YANQUÉN AVILA.

CUARTO: El reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 1071 de 2006 a mi mandante docente JOSE MIGUEL YANQUÉN AVILA, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo luego de haber sido radicado la solicitud ante la entidad con todos los requisitos exigidos, 19 de octubre del 2020, siendo el plazo máximo para cancelarlas (70 días después) el día 27 de diciembre de 2020, hasta la fecha.

QUINTO: Que, sobre el monto de la SANCIÓN POR MORA reclamada, se ordene el reconocimiento de la respectiva indexación hasta la fecha en que se efectúe el pago de esta obligación a cargo de la convocada.”

1.2. Relación Fáctica

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- El señor José Miguel Yanquén Ávila fue nombrado mediante Resolución 1312 del 17 de julio de 2015 y prestó sus servicios desde el 3 de agosto de 2015, habiéndose aceptado su renuncia a partir del 31 de enero de 2017, mediante Resolución 59 del 26 de enero de 2017.
- El señor José Miguel Yanquén Ávila el 23 de mayo de 2017 solicitó información al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para el pago de las cesantías, informándosele que la solicitud debía presentarse ante la Secretaría de Educación.
- El señor José Miguel Yanquén Ávila solicitó ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y ante la Secretaría de Educación el retiro de las

cesantías anualizadas, exigiéndosele un “*sin fin de requisitos para lograr su devolución*”

- El FOMAG expidió un extracto donde se evidencia que al señor José Miguel Yanquén Ávila le fueron pagados los intereses sobre las cesantías a su cuenta de ahorros del Banco de Bogotá para los años 2015 a 2017.
- El 19 de octubre de 2020 fue radicada solicitud ante la Secretaría de Educación relacionada con el pago de cesantías del señor José Miguel Yanquén Ávila.
- Mediante Resolución 6326 del 18 de noviembre del 2020, fue negado el reconocimiento y pago de las cesantías del señor José Miguel Yanquén Ávila, decisión que fue recurrida y posteriormente confirmada a través de Resolución 0004 del 5 de enero de 2021.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

En criterio de la parte actora, los fondos de cesantías fueron creados por la Ley 50 de 1991 y las cesantías deben ser consignadas en los fondos de cesantías a que este afiliado el trabajador, siendo el plazo máximo para consignarlas el día 14 de febrero de cada año siguiente.

Mediante la Ley 91 de 1989 fue creado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

Sostuvo que en el caso del docente anualmente le consignan el dinero de las cesantías anualizadas al fondo y le abonan los intereses de las cesantías a la cuenta de ahorros a nombre de cada docente.

Informó que al no existir una normatividad puntual sobre la prescripción de las cesantías, se aplica por analogía lo establecido en los artículos 2530 y 2531 del Código Civil, modificado por la Ley 791 de 2002, en la cual se toma los 10 años de prescripción ordinaria, término que se cuenta a partir de la causación del derecho, es decir a partir de la fecha de retiro del servicio docente, toda vez que el auxilio de cesantías fue concebido en principio, para que se disponga

libremente de éste, cuando se termina el vínculo laboral del empleado y quede cesante.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.²

Mediante correo electrónico del 10 de noviembre de 2021, la Nación – Ministerio de Educación Nacional, FOMAG contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones presentada por carecer de sustento factico y legal por lo que solicitó fuere absuelta de todo cargo.

Sostuvo que se debe tener en cuenta lo señalado en sentencia del 21 de marzo de 2002, Subsección B, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado, C. P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado Interno No. 4238-2001, en la que se indicó que:

“... La norma referida no tiene un alcance estrictamente privatista y siendo así, no existen elementos indicadores que permitan deducir que la expresión trienal está limitada a temas tratados específicamente para regular el sector privado. En consecuencia, la PRESCRIPCIÓN contemplada en el artículo 151 del C.P.L., abarca los derechos tanto de los servidores públicos como de los trabajadores particulares, a menos que existan normas especiales que regulen términos prescriptivos, verbigracia el artículo 23 del Decreto-Ley 1045 de 1978...”

Y lo indicado en sentencia del 25 de agosto de 2016, sección segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado, C. P Dr. Luis Rafael Vergara Quintero Rad. 08001-23-31-000-2011-00628-01 en la que se estableció:

“Las cesantías constituyen un “ahorro” del trabajador, a ser reclamado al terminar su relación laboral, con el objeto de cubrir la contingencia de quedar cesante. Al tener esa naturaleza de ahorro, producto de un emolumento -prestación- causado a su favor durante ese vínculo, no se puede predicar la prescripción respecto de las sumas que la componen, así ocurría respecto de las cesantías bajo la modalidad de liquidación con retroactividad y así ha de predicarse respecto de las mismas, bajo el régimen de liquidación anualizado(...)Respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en

² Documento 11.12021-00229 Contestación.pdf

el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado.

No obstante, cuando se trata de la consignación de las cesantías definitivas, si la mora no se produce por negligencia del empleador, sino por una causa atribuible al empleado, sí procede el fenómeno prescriptivo, pues en tal caso, la omisión de este último en cumplir los requerimientos que el empleador hace para disponer su pago, no puede constituir un beneficio a su favor. En los anteriores términos se precisa que las cesantías anualizadas no están sometidas al fenómeno prescriptivo, mientras que las definitivas sí están sujetas a ese fenómeno.”

Conforme a ello manifestó que operó la prescripción teniendo en cuenta que el docente se retiró del servicio el 31 de enero de 2017, excediendo el plazo máximo de tres años para reclamar las cesantías, y en todo caso conforme a la sentencia citada anteriormente la omisión de cumplir con los requerimientos realizados por el empleador, no puede constituir un beneficio a su favor, razón por la cual el tiempo para configurarse la prescripción debe ser contabilizado desde el retiro del servicio y que en todo caso la entidad llamada a responder es la Secretaría de Educación.

De otra parte, indicó que no reposa dentro del expediente prueba idónea que logre demostrar que la entidad incurrió en mora del pago de las cesantías definitivas, pues se estaba supeditado a que el acto administrativo quedará en firme y luego proceder a realizar dicho pago. Razón por la cual se deben despachar de manera desfavorable las pretensiones de la demanda.

La demandada Secretaría de Educación de Bogotá no contestó la demanda, encontrándose acreditado que fue notificada a través del correo electrónico notificaluridicased@educacionbogota.edu.co, tal como se deduce del documento denominado 007ConstanciaNotifAutoAdmite20210929.pdf obrante en el expediente digital.

3. RESOLUCIÓN DE EXCEPCIONES Y CONVOCATORIA A SENTENCIA ANTICIPADA.

Mediante providencia del 25 de febrero de 2022 se declaró no probada la excepción previa de no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios, al considerar el despacho que la Secretaría de Educación ya se encontraba vinculada en la presente litis.

Teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley 2080 de 2021, a través de auto del 18 de marzo de 2022, se convocó a sentencia anticipada por tratarse de un asunto de puro derecho y por no existir pruebas por decretar y practicar. En consecuencia, se fijó el litigio y se concedió el término de 10 días a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

4.1. De la Nación – Ministerio de Educación Nacional.³

Reiteró los argumentos de la contestación de la demanda y pidió no acceder a las pretensiones, al haber operado el fenómeno de la prescripción al haberse excedido el plazo máximo de tres años para reclamar las cesantías.

Suplicó no se condene en costas y agencias en derecho y se tenga en cuenta que la entidad ha obrado de buena fe.

4.2. De la parte demandante⁴

Solicitó tener en cuenta el extracto expedido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en donde se evidencia el pago de los intereses a las cesantías al demandante y se entreguen los dineros abonados como cesantías anualizadas y la sanción mora de las cesantías retenidas.

C O N S I D E R A C I O N E S

1. Competencia.

Este despacho es competente para conocer y decidir el asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Problema jurídico.

Corresponde al despacho determinar si al demandante le asiste derecho a que la parte demanda le reconozca y pague unas cesantías definitivas y la sanción

³ Documento 16.1 2021-00229AlegatodDda.pdf

⁴ Documento 17.1AlegatosDte.pdf

moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006.

2.1. Actos Administrativos Demandados

En el presente caso se controvierte la legalidad de los actos administrativos: Resoluciones No. 6326 del 18 de noviembre de 2020 y No. 0004 del 5 de enero de 2020, proferidas por la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante las cuales se niega el reconocimiento y pago de unas cesantías definitivas.

3. Marco Normativo

3.1 Del régimen de cesantías aplicable a los empleados públicos.

Recordemos que la Ley 6ª de 1945, en el artículo 17, determinó que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1 de enero de 1942.

A través del Decreto 2767 de 1945 se extendieron la totalidad de las prestaciones sociales previstas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 a los empleados de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios, lo que incluyó el auxilio de cesantías.

Mediante la Ley 65 de 20 de diciembre de 1946, se modificaron las disposiciones sobre cesantías, beneficios que también fueron extendidos a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios y así, el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946 fijó los parámetros para su liquidación; y el Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947 previó que tendría derecho a dicho auxilio, el empleado inscrito o no en carrera administrativa, sea cual fuere la causa de su retiro, aclarando que el monto de la prestación era equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente al tiempo laborado, si era inferior a ese lapso.

En síntesis, podemos decir que este régimen de cesantías era de carácter retroactivo, por cuanto para su liquidación se tenía en cuenta todo el tiempo de servicio y el último salario devengado.

Posteriormente, fue creado el Fondo Nacional del Ahorro, FNA, (Decreto 3118 de 1968) como un establecimiento público vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico; ordenándose que se debían liquidar y entregar al Fondo Nacional del Ahorro las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del estado del orden nacional, con excepción de las de los miembros de las cámaras legislativas y de sus empleados, los miembros de las Fuerzas Militares, la Policía y el personal civil del ramo de la defensa nacional.

Respecto la liquidación de las cesantías, en el artículo 27 del citado decreto, se indicó:

“...Liquidaciones anuales. Cada año calendario contado a partir del 1 de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.

La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse, aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador...”

Iniciándose el desmonte de la retroactividad de las cesantías para dar paso al sistema de liquidación anualizado, que en principio no era aplicable a los servidores públicos del orden territorial, quienes se encontraban sujetos al régimen de cesantías dispuesto en las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946, esto es, al retroactivo, no obstante, con las disposiciones que modificaron su naturaleza y cobertura, permitieron la afiliación a este de los empleados de las entidades territoriales y sus entes descentralizados (Ley 432 de 1998 y Decreto 1453 de 1998).

De otra parte, la Ley 50 de 1990 cambió el régimen de cesantías en el sector privado al anualizado, cuyas características según su artículo 99 son las siguientes:

“...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 sala rio por cada retardo...”

El artículo 13 de la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996, extendió el régimen de cesantías fijado en la Ley 50 de 1990 a los servidores públicos vinculados con posterioridad a su entrada en vigor (31 de diciembre de 1996), en virtud del cual, la liquidación definitiva debía realizarse el 31 de diciembre de cada año.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1582 del 5 de agosto de 1998¹⁶ que amplió el régimen de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990 (anualizado) a los servidores públicos del orden territorial, así:

“...El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998...”

En el caso de aquellos que se hubieran vinculado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad y que decidieran acogerse al previsto en la precitada Ley 344 de 1996, el artículo 3 del Decreto 1582 de 1998 previó el siguiente procedimiento:

“a). La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado; b). La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la seleccionada por el trabajador; c). En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición...”

Lo anterior, fue acogido por el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016⁵, en la cual se indicó:

“En ese orden, se puede decir que los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, están cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad per o que se hubieran acogido al régimen anualizado, y para efecto de la liquidación y pago de esa prestación se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y normas concordantes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998.”

⁵ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. Radicación 8001 -23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004- 16, demandante: Yesenia Esther Pereira Castillo, demandado: Municipio de Soledad.

Así las cosas, es claro que coexisten dos regímenes de cesantías, las retroactivas, que son dables para quienes se vincularon a la administración pública hasta el 30 de diciembre de 1996 y las anualizadas creadas por la Ley 50 de 1990, inicialmente para el sector privado y que la Ley 344 de 1996 extendió a los servidores públicos vinculados con posterioridad a su entrada en vigor (31 de diciembre de 1996) incluidos los del nivel territorial.

No obstante, para aquellos servidores con vinculación anterior a la Ley 344 de 1996 y beneficiarios del régimen retroactivo, el Decreto 1582 de 1998, les concedió la posibilidad de acogerse u optar por el régimen anualizado de cesantías, previa solicitud, liquidación total de la prestación y entrega del emolumento al fondo de su elección, tal como lo previó en su artículo 3°, procedimiento necesario para el deprecado cambio.

El Decreto 1252 del 30 de junio de 2000, en el artículo 2, conservó el régimen de cesantías retroactivas para los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000 lo disfrutaban, hasta la terminación de la relación laboral. Y en el mismo sentido, el Decreto 1919 del 27 de agosto de 2002, que extendió el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, a los servidores del orden territorial.

3.2 Del auxilio de cesantías de los docentes

Como vimos anteriormente, a través de la Ley 6ª de 1945, el Gobierno Nacional dictó, entre otras, disposiciones referentes a la jurisdicción especial de trabajo, y en sus artículos 1218 y 1719 dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942.

La liquidación de dicha prestación social fue reglamentada a través del artículo 6º del Decreto 1160 de 1947, que indicó que *“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 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 éste fuere menor de doce (12) meses.”*

Así las cosas, hasta este momento las prestaciones sociales de los empleados públicos habían sido expedidas de manera genérica, y sin hacer una referencia expresa al personal docente; no obstante, en 1989 con la expedición de la Ley 91 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y con él se determinó que esta entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes.

El numeral 3° del artículo 15 de la norma citada, dispone el reconocimiento de cesantías a favor del personal docente en dos condiciones:

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

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

Conforme lo anterior podemos aseverar que (i) los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y; (ii) los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1 de enero de 1990, lo que según la tesis contenida en los artículos 1 y 2, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, esto es, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses. (iii) Posteriormente, el artículo 6° de la Ley 60 de 1993, evidenció que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales, sin solución de continuidad, y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989.

3.3 De la prescripción de las cesantías

No podemos pasar por alto que el derecho a las cesantías fue creado por el legislador del 46, como un beneficio sujeto al despido o desvinculación laboral del trabajador.

Las cesantías constituyen un “ahorro” del trabajador, a ser reclamado al terminar su relación laboral, con el objeto de cubrir la contingencia de quedar cesante. Al tener esa naturaleza de ahorro, producto de un emolumento -prestación- causado a su favor durante ese vínculo, no se puede predicar la prescripción respecto de las sumas que la componen, así ocurría respecto de las cesantías bajo la modalidad de liquidación con retroactividad y así ha de predicarse respecto de las mismas, bajo el régimen de liquidación anualizado.

Pues bien, bajo el régimen retroactivo, la liquidación se realizaba en forma definitiva solo hasta la terminación del vínculo laboral, por ende, durante esa relación, no había lugar a declarar la extinción del derecho y era liquidado y pagado en forma definitiva al momento de finiquitar la relación laboral.

Ahora bien, con la modificación que surgió con el cambio de liquidación de esa prestación, a ser realizada en forma anual, al empleador le corresponde liquidar las cesantías cada año con corte a 31 de diciembre, y efectuar la consignación de las sumas producto de esa liquidación en el fondo que el empleado elija, a más tardar, el 15 de febrero del año siguiente. A partir de ese momento, las sumas liquidadas y consignadas por concepto de cesantías, ingresan al patrimonio del empleado, pues son destinadas a la cuenta individual que a nombre del empleado se ha creado en el fondo administrador de cesantías que este haya elegido.

Tales sumas se van incrementando año a año producto de la liquidación y consignación que al empleador le corresponde en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, generando un “ahorro” en su cuenta individual que, salvo las excepciones de ley, será retirado al momento en que quede cesante.

El ahorro así constituido, puede ser reclamado por el empleado en el mismo instante de quedar cesante, pues precisamente esa es la causal principal para el retiro de las cesantías o, incluso en una fecha posterior a ella, sin que esté sujeto a término alguno para retirar el monto que ha sido depositado en la cuenta a su favor durante la relación laboral. Siendo así, en modo alguno se puede afirmar que

pierde, en virtud del término extintivo, el ahorro que durante su trayectoria laboral se haya consignado en el fondo respectivo.

Sin embargo, en el evento en que la administración no hubiera dado cumplimiento a los estrictos términos legales que la ley concede para la liquidación y/o consignación de las cesantías en la fecha que la ley impone, tampoco podría aplicarse la figura extintiva en perjuicio del trabajador, pues ello implicaría que el incumplimiento del deber legal por parte del empleador redundaría en su propio beneficio y en contra del empleado, imponiendo a este una carga desproporcionada que no tiene por qué soportar, es decir, la extinción de su derecho producto de la negligencia de su empleador. Además, se estaría dando un trato desigual respecto del empleado que contó con la fortuna de tener un empleador que cumplió con la ley y las obligaciones que ella le impone.

Así las cosas, ha de concluirse que respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado.

No obstante, cuando se trata de la consignación de las cesantías definitivas, si la mora no se produce por negligencia del empleador, sino por una causa atribuible al empleado, sí procede el fenómeno prescriptivo, pues en tal caso, la omisión de este último en cumplir los requerimientos que el empleador hace para disponer su pago, no puede constituir un beneficio a su favor, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16)CE-SUJ-SII-022-2020.

3.4 De la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías

La Ley 1071 de 2006, regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, dentro de los cuales están incluidos los docentes.

El artículo 2° de la misma norma estableció que el campo de aplicación sería para todos los servidores públicos incluidos los docentes por tratarse de empleados y trabajadores del Estado.

En efecto, el legislador con la expedición de dicha ley estableció una protección laboral en favor de todos los servidores públicos del Estado, quienes de conformidad con el artículo 123 de la Constitución Política son los *“miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”*.

Si bien es cierto que el régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentra consignado en la Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005 y en la misma se asignó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la obligación de pagar las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, incluidas las cesantías, a través de la entidad fiduciaria contratada - Fiduciaria la Previsora S.A., en ella no se reguló la sanción moratoria.

No obstante, lo anterior, los docentes son servidores públicos del Estado, y en tal condición, no pueden ser excluidos de la aplicación de la Ley 1071 de 2006 que consagra una protección laboral no reconocida en su régimen especial.

Además, el Consejo de Estado Sentencia de Unificación No. 00580 de 2018⁶, estableció

“Los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley. Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional.”

Con lo que se zanjó la discusión y se estableció que los docentes son beneficiarios de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 y por lo tanto tienen derecho al reconocimiento de la sanción moratoria ante la falta de pago oportuno de las cesantías.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. MP Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia 00580 de 2018 del 18 de julio de 2018. Radicado: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15)

Ahora bien, el auxilio de cesantía es un derecho del trabajador de creación legal, originada de la relación laboral y que tiene como objeto proteger al servidor al momento de quedar cesante, excepto cuando se trata de avances en la cesantía para los fines legalmente establecidos (estudio, vivienda entre otros).

La Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 del 2006, estableció en los artículos 1° y 2° que la entidad pública obligada al pago de la cesantía dispone de un término de quince (15) días hábiles para expedir el acto administrativo que ordene su liquidación, contados a partir del momento en que la documentación requerida para efectos de la liquidación definitiva de cesantía esté completa, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir del momento en que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.

En consecuencia, es indiscutible que una vez quede en firme el acto de reconocimiento de la cesantía (10 días) con el C.P.A.C.A, la entidad en el plazo de cuarenta y cinco (45) días debe hacer efectivo su pago y de no hacerlo, empieza a contarse la indemnización moratoria, la cual se estableció en el parágrafo del artículo 2° ya mencionado en los siguientes términos:

“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.” (Negrillas propias).

Sin embargo, la jurisprudencia ha oscilado entre considerar si la sanción se ocasiona no solo por el pago tardío sino por el reconocimiento que exceda los quince (15) días, que tiene la entidad una vez la documentación esté completa.

Se dijo alguna vez, que se sanciona el no pago, mas no la falta de reconocimiento ya que como el derecho aún no se ha reconocido y solamente se encuentra en discusión, para que la indemnización sea procedente se requiere no solo la mora en el pago del auxilio, sino que el derecho a la cesantía no está en discusión, pues lo que se sanciona es la negligencia de la entidad en efectuar los trámites tendientes a la satisfacción de la obligación.

Al respecto, la posición actual del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativo es que se sanciona la negligencia de la entidad, tanto en el reconocimiento como en la satisfacción de la obligación, tal como se indicó en

sentencia proferida el 27 de noviembre de 2007 con Ponencia del Dr. Alfonso Vargas Rincón Rad. 1533-00.

Siguiendo la misma línea el H. Consejo de Estado reiteró la posición en Sentencia de 21 de octubre de 2010, con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren en el expediente con número de radicado 1912-08 y se unificó los criterios de dicha corporación a través de la sentencia SU-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018.

Así las cosas, el despacho acoge la posición del Consejo de Estado que señala que para el reconocimiento de la sanción moratoria se cuenta no solo el tiempo transcurrido entre la firmeza del acto administrativo de su reconocimiento y el pago que se haga, sino la demora entre la presentación de la solicitud y la expedición del acto que reconoce las cesantías.

Ahora, en cuanto al monto del salario para el reconocimiento de la sanción el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación No. 00580 de 2018 del 18 de julio de 2018, aclaró que:

*“La Sección Segunda sienta jurisprudencia para precisar que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales será la **asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora** por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades, es decir se extiende en el tiempo, además que la penalidad se encuentra justificada por el incumplimiento en la obligación del pago por el empleador; y porque contrario al sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990, para los servidores públicos del nivel territorial afiliados a fondos administradores privados y que se vinculen a partir del 31 de diciembre de 1996, la obligación del empleador surge.» A diferencia de la anterior, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las por cada vigencia fiscal -Efectuar la liquidación el 31 de diciembre y consignar dicho valor antes del 15 de febrero del año siguiente- y es la razón por la cual en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 de 2016, se expuso que cuando «[...] concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos cesantías definitivas, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas.”*

Por lo tanto, el monto que se pagará a título de sanción, se considera únicamente la **asignación básica**, por considerarlo el entendimiento acertado de la norma, pues de otra manera se haría una extensión inaceptable tal y como lo señaló el Consejo de Estado en sentencia del 23 de octubre de 2008, con ponencia del Dr.

Gerardo Arenas Monsalve dentro del expediente con número de radicado 0730-2007.

4. Caso concreto.

En el presente asunto de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso se encuentra acreditado que:

- El señor José Miguel Yanquén Ávila fue nombrado mediante Resolución 1312 del 17 de julio de 2015.⁷
- El señor José Miguel Yanquén Ávila prestó sus servicios desde el 3 de agosto de 2015, habiéndose aceptado su renuncia a partir del 31 de enero de 2017, mediante Resolución 59 del 26 de enero de 2017.⁸
- El 23 de mayo de 2017 fue presentada una solicitud por parte del señor José Miguel Yanquén Ávila a la Fiduprevisora.⁹
- El 5 de noviembre de 2020 el señor José Miguel Yanquén Ávila solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías **definitivas**.¹⁰
- Mediante Resolución 6326 del 18 de noviembre del 2020, fue negado el reconocimiento y pago de las cesantías del señor José Miguel Yanquén Ávila, decisión que fue recurrida y posteriormente confirmada a través de Resolución 0004 del 5 de enero de 2021.

Ahora bien, debe recordar el despacho que el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 prevé la prescripción de las prestaciones sociales, en los siguientes términos:

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

Y que esta disposición fue reglamentada mediante Decreto 1848 de 1969, indicando al respecto:

⁷ Documento 002Pruebas.pdf folio 2

⁸ Ibidem

⁹ Documento 002Pruebas.pdf folio 8

¹⁰ Documento 002Pruebas.pdf folio 16

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

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

Conforme lo anterior, precisa el despacho que una vez causado el derecho, el titular cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo ante la administración y, posteriormente, en sede judicial; el solo hecho de reclamar ante la administración, interrumpe el referido lapso de tiempo por otro período igual, lo que significa que inicia nuevamente a contarse el término de los tres años.

Descendiendo al caso bajo examen, considera el despacho que la parte demandante no desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos objeto de censura, esto es de la Resolución 6326 del 18 de noviembre del 2020 y Resolución 0004 del 5 de enero de 2021, por medio de las cuales fue negado el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas del señor José Miguel Yanquén Ávila.

Lo anterior por cuanto, el señor José Miguel Yanquén Ávila, se retiró del servicio el 31 de enero de 2017, fecha en la que comenzó a contabilizarse el término de los tres años de prescripción para solicitar el derecho al reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, tal como lo sostuvo el Consejo de Estado¹¹ y presentó la solicitud de reconocimiento ante la administración el **5 de noviembre de 2020**, data para la cual el derecho reclamado se había extinguido, si se tiene en cuenta que el término trienal vencía el **31 de enero de 2020**.

Y es que, en gracia de discusión, si el despacho tomara como fecha de reclamación, la de la solicitud realizada el 23 de mayo de 2017, de la cual valga advertir que no se tiene certeza de lo solicitado, toda vez que al plenario simplemente fueron allegados los pantallazos contentivos del correo electrónico remitido a la Fiduprevisora, con la misma no se logra interrumpir el fenómeno prescriptivo toda vez que el aquí demandante contaba hasta el 23 de mayo de 2020, para presentar la correspondiente demanda y la misma fue instaurada hasta el 23 de julio de 2021¹².

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16)CE-SUJ-SII-022-2020.

¹² Documento 004ActaDeReparto.pdf

En ese sentido, el demandante se encontraba en la obligación de reclamar de manera oportuna las cesantías definitivas una vez se hizo exigible el derecho, máxime cuando la referida prestación al tener su origen en la terminación de la relación laboral, se causa por una sola vez, es decir, que no ostenta el carácter de periódica, aunado a que el fenómeno extintivo se creó para salvaguardar la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones entre los particulares y en entre estos con el Estado, frente a la incertidumbre que podría generarse por el eventual reconocimiento de un derecho que ya se encuentra prescrito por la inactividad del beneficiario en el paso del tiempo.

Ahora bien, comoquiera que el derecho del señor José Miguel Yanquén Ávila a reclamar las cesantías definitivas causadas por haber laborado en la Secretaría de Educación del Distrito, se encontraba prescrito para el momento en que lo solicitó, corre igual suerte la sanción moratoria, toda vez que no le asistió el derecho a que fuere proferido un acto administrativo de reconocimiento, para realizar el conteo respectivo de que trata la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 del 2006.

5. Decisión.

Habiéndose demostrado que la parte actora no desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, este despacho judicial denegara las pretensiones de la demanda.

6. Costas.

Considerando que no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en este proceso de la parte actora, y que los argumentos de la demanda estuvieron racionalmente fundamentados en un estudio eminentemente jurídico, no procede la condena en costas. Esta evaluación se realiza con fundamento en lo ordenado en el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Cuatro Administrativo del Circuito de Bogotá - Sección Segunda**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso descontado los causados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE¹³,


TANIA INÉS JAIMES MARTÍNEZ
JUEZA

¹³ Correos electrónicos: diegogerardo201024@hotmail.com; notjudicial@fiduprevisora.com.co; procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co

Firmado Por:

**Tania Ines Jaimes Martinez
Juez
Juzgado Administrativo
054
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **e65542d1b34bb058ae52e495f804493ec98886563c9e6cbcd016259f02c4902**

Documento generado en 29/06/2022 08:24:44 AM

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