



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO TRANSITORIO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE DUITAMA

Duitama, veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020)

REFERENCIA: **CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL**
CONVOCANTE: **FLOR ALBA CHAVES DE VESGA**
CONVOCADO: **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**
RADICACIÓN No: **152383333003 2020-00010 00**

1. Estando agotado el trámite previsto en las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y Decreto 1716 de 2009, compilados en el Decreto 1069 de 2015, procede el Despacho a pronunciarse respecto de la aprobación del acuerdo conciliatorio efectuado por las partes el pasado 11 de diciembre de 2019, ante la Procuraduría 122 Judicial II para Asuntos Administrativos de Tunja.

I. ANTECEDENTES

2. La señora FLOR ALBA CHAVES DE VESGA a través de apoderada judicial presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Judicial Delegada para Asuntos Administrativos de Tunja, con el objeto de que a través de este mecanismo se lograra un acuerdo para obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía parcial reconocida a través de la Resolución 331 del 30 de noviembre de 2018.

II. TRÁMITE PROCESAL

3. La solicitud de conciliación prejudicial fue presentada el 11 de octubre de 2019 (fl. 1), y asignada a la Procuraduría 122 Judicial II para Asuntos Administrativos (fl. 31), quien mediante auto No. 256 del 15 de octubre de 2019 admitió la solicitud, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 161 del C.P.A.C.A. en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 2.2.4.3.1.1.6 del Decreto 1069 de 2015, fijándose como fecha para llevar a cabo la respectiva audiencia de conciliación el día 11 de diciembre de 2019 (fl. 31).

4. En la fecha y hora fijados para la diligencia, el apoderado de la entidad accionada allega certificación que expresa el ánimo conciliatorio por parte del Ministerio de Educación Nacional, de fecha 9 de diciembre de 2019, el cual se encuentra visible en el folio 56 del expediente.

5. Teniendo en cuenta la postura asumida por las partes, el Procurador 122 Judicial II Administrativo, dispuso remitir el acuerdo conciliatorio a los Juzgados Administrativos del Circuito de Tunja (reparto) para la realización del respectivo control de legalidad.

6. Correspondiendo por reparto las presentes diligencias al Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja, Despacho que mediante providencia de fecha 12 de diciembre de 2019 dispuso la remisión del expediente a la oficina de apoyo judicial de Duitama, dando aplicación del artículo 156 del C.P.A.C.A., por cuanto el último lugar de prestación de servicios de la convocante fue en la ciudad de Duitama.

7. Por reparto el proceso de la referencia fue asignado a éste Despacho Judicial tal como se observa en el acta No. 29 del 31 de enero de 2020 (fl. 67)

III. ACUERDO CONCILIATORIO

8. A la diligencia celebrada el día 11 de diciembre de 2019, comparecieron los apoderados de los extremos del conflicto (fls. 57-58).

9. La propuesta conciliatoria formulada por la entidad convocada y aceptada por el convocante, se concretó en los siguientes términos:

“De conformidad con las directrices aprobadas por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de educación Nacional en sesión del 13 de septiembre de 2019, y de acuerdo con el estudio técnico presentado por Fiduprevisora S.A., como sociedad administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, la posición del Ministerio es CONCILIAR en la audiencia de conciliación programada en virtud de la solicitud de conciliación que ha promovido FLOR ALBA CHAVES DE VESGA, contra NACION –MINISTERIO DE EDUCACION –FOMAG, y en donde se pretende el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías, bajo los siguientes parámetros, teniendo en cuenta la fecha de solicitud de las cesantías y la fecha en la cual Fiduprevisora S.A. puso los recursos a disposición del docente.

No. De días de mora: 68

Asignación básica aplicable. \$ 3.641.927

Valor de la mora: \$ 8.255.035

Valor a conciliar: \$ 7.429.531 (90%)

Tiempo de pago des pues de la aprobación judicial de la conciliación: 2 MESES

No se reconoce valor alguno por indexación

Se paga la indemnización con cargo a los recursos del FOMAG”.

IV. CONSIDERACIONES

Marco Jurídico de la Conciliación prejudicial

10. La conciliación prejudicial es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que permite a las partes involucradas en un conflicto de carácter particular y contenido patrimonial, evitar un litigio eventual ante la jurisdicción correspondiente. El artículo 70 de la Ley 446 de 1998, incorporado en el artículo 56 del Decreto 1818 de ese mismo año¹, indica que las personas jurídicas de derecho público pueden conciliar total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial sobre conflictos de carácter particular y contenido económico.

11. Así mismo, el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.), señala:

“Artículo 161. Requisitos previos para demandar. *La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:*

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida. (...).”

12. De lo anterior se colige, que los asuntos que son susceptibles de conciliación en la etapa prejudicial, deberán ser aquellos cuyo conocimiento le corresponda a la jurisdicción contenciosa administrativa, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractual, la cual debe cumplir con los requisitos establecidos en la ley y la jurisprudencia, como pasa a exponerse.

¹ *“Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo (...)”, artículo en concordancia con los Artículos 138, 140 y 141 de la Ley 1437 de 2011.*

13. Ahora bien, para la aprobación de un acuerdo conciliatorio se requiere tener en cuenta lo ordenado en el inciso final del art. 73 de la ley 446 de 1998, que adicionó el artículo 65 A de la Ley 23 de 1991, cuyo tenor literal es el siguiente:

“La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público”.

14. Adicionalmente el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, estableció que las personas jurídicas de derecho público deben conciliar a través de sus representantes legales, y que el asunto controvertido debe versar sobre conflictos de carácter particular con contenido patrimonial.

15. Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998 y 640 de 2001, el H. Consejo de Estado² ha indicado que los presupuestos que se deben tener en cuenta para la aprobación del acuerdo conciliatorio deben cumplir los siguientes requisitos:

- Que los derechos reconocidos estén debidamente respaldados por las probanzas que se hubieren arrimado a la actuación,
- Que no haya operado la caducidad del medio de control,
- Que el acuerdo no sea violatorio de la ley.
- Que el acuerdo verse sobre derechos económicos disponibles por las partes,
- Que el acuerdo no resulte abiertamente inconveniente o lesivo para el patrimonio de la administración y,
- Que las partes estén debidamente representadas y sus representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar y disponer de la materia objeto del convenio,

EL CASO CONCRETO

Del aspecto probatorio.

16. En el expediente obran las pruebas que a continuación se relacionan:

- Solicitud de Audiencia de Conciliación Extrajudicial Administrativa, con copia del número de radicación ante el Ministerio de Educación Nacional y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado del 9 de octubre de 2019 y 11 de octubre de 2019 (fls. 1-9, 28 y 29).
- Copia del Derecho de Petición, presentado ante la Nación – Ministerio de EDUCACIÓN – FOMAG y con intervención del Personero Municipal de Duitama el 10 de abril de 2019, donde la convocante, solicita el reconocimiento y pago de la sanción por pago tardío de cesantías definitivas que le fueron reconocidas (fls. 15-27).
- Copia de la resolución 331 del 30 de noviembre de 2018 por medio de la cual se reconoció a la convocante sus cesantías parciales. (fl. 12-13)
- Recibo de pago por concepto de nómina de cesantías parciales a favor de la convocante. (fl. 14)
- Formato único para la expedición de certificado de salarios con Consecutivo No. 7709 (fl. 40)

² Ver entre otras providencias de la Sección Tercera: Subsección “C”, del 26 de febrero de 2014, Radicación número: 08001-23-31-000-2010-00992-01(46206), Consejero Ponente: Enrique Gil Botero y; Subsección “B”, del 20 de febrero de 2014, Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00134-01(42612), Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

- Copia del Oficio 1010403 por medio de la cual la Fiduprevisora S.A. certifica la fecha en que fueron puestos a disposición de la convocante los dineros derivados de la Resolución 331 del 30 de noviembre de 2018. (fl. 55)
 - Certificación suscrita por el Secretario Técnico del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional por medio de la cual informa que el Comité de Conciliación de la Entidad convocada autoriza conciliar, proponiendo fórmula de arreglo (fls. 56)
17. Conforme a lo anterior, a juicio del Despacho, existen pruebas acerca de:
- El reconocimiento de la cesantía parcial en cabeza de la Señora FLOR ALBA CHAVES DE VESGA.
 - La fecha en la que la convocante solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales.
 - La fecha en que se pusieron a disposición los dineros correspondientes al pago por concepto de cesantías parciales de la convocante.

De la caducidad.

18. Sobre este punto, vale la pena indicar que el Consejo de Estado en providencia de 9 de marzo de 2016, Exp. No. 2012-0067 M.P. Dr. DANILO ROJAS BETANCURTH, señaló que la caducidad es el límite temporal que se tiene para acceder a la jurisdicción. Sin embargo, para que se pueda entrar a analizar el conflicto la ley le impone a los asociados la carga de realizar las respectivas reclamaciones de sus derechos en tiempo una vez haya conocido el hecho dañoso so pena de fenecer la misma, dijo el máximo tribunal:

(...)

1.- Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico. Las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley y, de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho.

Así pues, el fenómeno procesal de la caducidad opera ipso iure o de pleno derecho, es decir que no admite renuncia, y el juez debe declararla de oficio cuando verifique la conducta inactiva del sujeto procesal llamado a interponer determinada acción judicial”.

19. En efecto, el numeral 2 literal d) del art. 164 del C.P.A.C.A., establece:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda.

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

d) Se dirija contra actos producto del silencio administrativo;

(...) (Subraya y negrilla fuera de texto).

20. Ahora bien, analizado el caso *sub examine*, en criterio de este Despacho, no hay lugar a declarar el fenómeno de la caducidad toda vez que en el expediente obra constancia de que la convocante a través de apoderada, interpuso por conducto del representante del Ministerio Público, un derecho de petición contra el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pretendiendo el reconocimiento de la sanción moratoria de las cesantías reconocidas a través de la Resolución No. 331 del 30 de noviembre de 2018 (fls. 15 a 27), motivo por el cual, en la solicitud de conciliación extrajudicial reclama la declaratoria del acto ficto producto del silencio administrativo de la entidad convocada (fl. 3).

21. En tal sentido, y como quiera que del material probatorio obrante dentro del expediente, se extrae que no existe documento que demuestre que la entidad convocada

contestó dicha solicitud a la convocante dentro de los 3 meses siguientes a su radicación³, o inclusive con posterioridad a ello, es claro que la demanda podía ser presentada en cualquier tiempo por estar exenta del fenómeno de la caducidad.

22. En este punto no pasa por alto el Juzgado, que la hoy convocante ya había acudido ante este estrado judicial solicitando el amparo de su derecho fundamental de petición por la falta de respuesta por parte de la hoy convocada en relación con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de sus cesantías, motivo por el cual dentro de la acción de tutela radicada bajo el No, 2019-00069 este despacho amparó el derecho y ordenó a la entidad se pronunciara sobre tal petición, orden que efectivamente fue cumplida a través de acto administrativo que resolvió de fondo la solicitud calendado 1 de agosto de 2019⁴, de manera que en el peor de los casos el término de caducidad para reclamar en sede judicial la sanción ya referida, vencería conforme a lo previsto por el art. 164 del C.P.C.A. el 2 de diciembre de 2019, pero como la solicitud de conciliación se presentó el 11 de octubre de 2019 (fl. 1), es evidente que aun tratándose del último evento expuesto no ha operado tampoco el fenómeno jurídico ya susodicho.

El aspecto legal

23. La indemnización por mora en el pago de la cesantía de los servidores públicos fue establecida mediante la Ley 244 de 1995⁵, como una sanción a cargo del empleador moroso y en favor del trabajador, estableciendo en los artículos 1, 2 y 3 lo siguiente:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías parciales, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Parágrafo.- En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciaro dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar. Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo”.

“Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social.

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

24. Posteriormente la Ley 244 de 1995 fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, que en sus artículos 2º y 5º precisó su ámbito de aplicación así:

“Artículo 2. 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

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

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.

⁴ Así se puede corroborar en el expediente que se encuentra en poder de este Despacho.

⁵ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro" (...)

“Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías parciales 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 parciales 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.” (Subrayado y resaltado fuera de texto).

25. Según la norma en cita, son destinatarios de la indemnización todos los servidores públicos del Estado, con la salvedad establecida en el artículo 5 respecto al Fondo Nacional del Ahorro.

26. La anterior ley distinguió entre el término para el reconocimiento de la cesantía (art. 4°) y el término para el pago oportuno de la misma (art. 5°), así:

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

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo”.

“Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías parciales 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 parciales 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.”

27. En virtud de las normas antes citadas, se deduce que los términos son perentorios para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores públicos, y en caso de mora, estableció a título de sanción, a cargo de la Administración y a favor del trabajador, un día de salario por cada día de retardo en el pago de la referida prestación.

28. Como se desprende de las referidas disposiciones, la entidad empleadora, o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de la prestación, cuenta con un plazo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud para expedir el acto de reconocimiento, cinco (5) días de ejecutoria, y la entidad pagadora, dispone de cuarenta y cinco (45) días hábiles para cancelar la prestación social, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena su liquidación de las cesantías, para un total de 65 días hábiles según la Jurisprudencia.

Régimen legal del pago de las cesantías de los docentes

29. Los docentes, se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁶, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías, norma que no señaló nada sobre la sanción por la mora en la cancelación de dicha prestación social. Por lo tanto, al no contemplar ese régimen especial, disposición alguna que indique si a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio les es procedente el pago de la sanción moratoria, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y de serlo, con sustento en qué normatividad.

Procedencia de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales en el caso de los docentes oficiales.

30. El artículo 15 de la referida Ley 91 de 1989, señaló que a partir de la vigencia de dicha norma, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vinculara con posterioridad al 1º de enero de 1990 sería regido por esa normatividad, estableciendo en relación a las cesantías lo siguiente:

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

3.- Cesantías:

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

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

31. En contraste, para los docentes vinculados a partir del 1º 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 1º de enero de 1990, el precepto dispuso que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debe reconocer y pagar un interés anual sobre el 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.

32. Finalmente debe indicarse que las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasaron al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarían sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

33. Ahora bien, como se indicó antes, la norma no estableció nada en relación a la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías.

34. En este punto, debe indicarse que el Consejo de Estado ha concluido que a los docentes oficiales les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 que dispone

⁶ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

como sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías un día de salario por cada día de retardo.

35. En efecto en sentencia de unificación **CE-SUJ-SII-012-2018** del 18 de julio de 2018⁷, se fijaron las siguientes reglas:

«[...] **PRIMERO: 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 mora en el pago de las cesantías.

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida 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.

ii) 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 ley⁸ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto 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.

iii) Cuando se interpone 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.

TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que, en 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.

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA. [...]»
(Negrillas y subrayas del texto original)

36. Como sustento para establecer que la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 es extensible a los docentes, dijo el Consejo de Estado en la citada sentencia de unificación:

« [...] 80. Y finalmente, en atención al régimen especial laboral de los educadores que prestan sus servicios al Estado, cuya vinculación al servicio se efectúa a través de concurso público, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como el ascenso, la permanencia y el retiro se encuentran regulados a través de la **carrera administrativa** prevista por el Estatuto de Profesionalización Docente contenido en el Decreto 1278 de 2002, se establece que su relación laboral es de carácter legal y reglamentaria.

81. Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda 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

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación de 18 de julio de 2018, expediente radicado: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-2015), demandante Jorge Luis Ospina Cardona.

⁸ Artículo 69 CPACA.

oficiales⁹, 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.

82. Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995¹⁰ y 1071 de 2006¹¹, 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. [...]» (Negrillas fuera del texto original).

37. Ahora bien, la Corte Constitucional en Sentencia SU-336 de 2017, tuvo también la oportunidad de pronunciarse acerca de los diferentes criterios que al respecto había planteado el Consejo de Estado hasta ese momento, indicando que, debía haber uniformidad de las decisiones adoptadas por los jueces, para que los ciudadanos tengan certeza sobre el ejercicio de sus derechos, y se debe garantizar la seguridad jurídica y la igualdad en las actuaciones judiciales:

38. Esa misma alta Corte en la misma sentencia en relación con el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías de los docentes oficiales dijo que:

“Es preciso recordar que esta Corporación ha señalado en sede de control abstracto que existen importantes semejanzas, incluso identidades, entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales. Sobre el particular, ha reconocido que según se desprende de su propia naturaleza y del régimen legal que les es aplicable, podrían considerarse como notas características del trabajo de los docentes oficiales: (i) el hecho de pertenecer a la rama ejecutiva y cumplir 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; (ii) se encuentran sujetos a un régimen de carrera y su vinculación se produce por efecto de un nombramiento, que en consecuencia da lugar a lo que el derecho administrativo conoce como una relación legal y reglamentaria; y (iii) por esas mismas razones, los educadores estatales no podrían ser considerados trabajadores oficiales.

La Corte ha considerado, además, **que en tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies de servidores públicos, deben ser considerados como empleados públicos. Por ello, cuando el artículo 19 de la Ley 91 de 1989 establece que el pago de cesantías de los docentes oficiales estará regulado por la normatividad vigente, debe aplicarse lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sobre el pago de cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos.**

Bajo esa línea de argumentación **se entiende que la tesis que acepta el reconocimiento de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías a favor de los docentes estatales con sustento el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sigue los lineamientos adoptados por la Corte Constitucional y, por tanto, está acorde con los pronunciamientos jurisprudenciales que sobre la materia ha emitido este Tribunal (...)** (Subrayado y resaltado fuera de texto)

39. Así las cosas se tiene entonces, que la intención o voluntad del legislador, al proferir la Ley 1071 de 2006, no era la de excluir a los docentes oficiales sino equipararlos a los demás servidores públicos, luego al no existir norma especial que regulase la sanción por mora, frente al incumplimiento del empleador en el pago de la cesantías, dicha normatividad debe ser aplicada para aquellos docentes afiliados al FOMAG, recordando sea de paso la aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades, como lo definió el Consejo de Estado al establecer el alcance de los artículos 13 y 53 superiores¹².

⁹ Definición utilizada en el Decreto Ley 3135 de 1968, para significar a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.
¹⁰ «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»
¹¹ «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»
¹² sentencia de unificación de 25 de agosto de agosto de 2016¹², Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

40. De manera que, en atención a la finalidad del legislador de establecer un término perentorio para la protección de la prestación social – cesantías, no existe contradicción alguna para aplicar la Ley 1071 de 2006 a los docentes, quienes conforme a la Carta Política y los referentes jurisprudenciales citados son servidores públicos.

41. **En conclusión**, en razón a que la Ley 91 de 1989 no fijó términos para el pago de cesantías ni sanciones como consecuencia de la mora en el reconocimiento y pago de las mismas, es procedente la aplicación de la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006, para los docentes, en cuanto prevén como sanción por mora el pago de un día de salario por cada día de retardo.

De la sanción moratoria por pago tardío de los docentes de los regímenes anualizado y retroactivo

42. En este punto debe señalarse, que si bien es cierto, este Despacho venía asumiendo la postura en lo que se refiere al reconocimiento de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, en la que se señalaba que la misma solo era posible para aquellos docentes pertenecientes al régimen de liquidación anualizado más no para los docentes pertenecientes al régimen de liquidación retroactivo, con apoyo en lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia del 17 de mayo de 2018, expediente 2012-0037, M.P. el Dr. Gabriel Valbuena Hernández, entre otras decisiones, y en lo dicho también por el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del 29 de abril de 2019, expediente 2017-164 M.P., Dr. Oscar Alfonso Granados Naranjo.

43. No obstante, a partir de ahora se acoge la misma postura fijada por el Tribunal Administrativo de Boyacá¹³ al pronunciarse sobre la sanción moratoria por pago tardío de los docentes de los regímenes retroactivo y anualizado hizo hincapié en que no se debe confundir la sanción moratoria a que hace referencia la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 y las aplicadas, con la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990 con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁴ concluyendo lo siguiente:

“No sobra aclarar que las sentencias de unificación de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado acogidas en esta sentencia, no diferencian a los docentes del régimen anualizado de los docentes del régimen retroactivo de cesantías para efectos de ser cobijados por la procedencia de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, contenida en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.”

(...)

¹³ Ver providencias Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No 2. Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Arciniegas. Providencia de fecha 23 de octubre de 2019. Expediente: **150013333007201700168-01**; Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No 4. Magistrado Ponente Dr. JOSÉ ASCENSIÓN FERNÁNDEZ OSORIO. Providencia de fecha 27 de agosto de 2019. Expediente **150013333007201700068-01**.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A - Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Sentencia fechada del siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00212-01(2188-15) Actor: ABEL FERNÁNDEZ ALVARADO - Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI “En este régimen especial aplicable a los docentes estatales afiliados al FOMAG se admite la procedencia de la sanción moratoria respecto del pago tardío de las cesantías que haga la Nación, Ministerio de Educación, por medio de dicho fondo, a favor del docente que las haya solicitado. Sobre esta materia la Corporación ha sostenido que a pesar de que la Ley 91 de 1989 no consagró términos para el pago de cesantías a los educadores que las soliciten, ni sanciones derivadas de la demora en tal procedimiento, hay lugar a aplicarle al régimen de los docentes la sanción moratoria que regula la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2016, por la demora en el pago de esta prestación social al afiliado.”³⁴ En igual sentido se había pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-336 de 2017.

De lo anterior la importancia de distinguir entre (i) la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías del empleador al fondo privado, que es la que consagra la Ley 50 de 1990, la cual pretende el demandante y (ii) la sanción moratoria por la tardanza, en el pago de las cesantías del FOMAG y al docente que las ha requerido, cuyo fundamento está dado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2016.

Ella significa que en la normatividad a la que se encuentran sometidos los docentes del Estado, en materia de cesantías, no existe la sanción moratoria por su consignación tardía al fondo pues aquel no opera bajo la misma dinámica del régimen que fija la Ley 50 de 1990. Mientras que en esta última el empleador tiene la obligación de trasladar esta prestación social al fondo privado a más tardar el 14 de febrero de cada año, bajo la Ley 91 de 1989, le compete a la Nación el suministro de las cesantías y es ella misma quien procede a su pago por medio de los recursos dispuestos en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual debe recordarse carece de personería jurídica.” (Subrayado del Despacho)

En efecto, en el anterior pronunciamiento dejó claro el Consejo de Estado que la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías antes del 15 de febrero de cada anualidad contenida en la Ley 50 de 1990 no es aplicable a los docentes, porque dicha sanción es impuesta a los empleadores que no consignen las cesantías en el término establecido por la Ley, sanción que no puede operar respecto de estos empleados, en la medida en que es la misma Nación la que paga las cesantías con los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

(...)

En otras palabras, tal y como lo aclaró el Consejo de Estado, no es dable confundir la sanción moratoria de que habla la Ley 50 de 1990, con la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, pues esta última hace referencia es a la tardanza en el pago de las cesantías del FOMAG al docente que las ha requerido, en tanto aquella a la no consignación anual oportuna.

Y es que es dable llamar la atención en el hecho de que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en sus respectivas sentencias de unificación³⁶ concluyeron que el ámbito de aplicación de la sanción de la Ley 244 de 1995 y de la Ley 1071 de 2006 se determina por la condición de servidor público, la cual le asiste al docente oficial en calidad de empleado público de la rama ejecutiva, a quien en consecuencia le cobija la sanción moratoria pedida en este proceso.

Entonces, si el criterio de aplicabilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías de la Ley 244 de 1995 y de la Ley 1071 de 2006 es la connotación de servidor público que le asiste a los docentes del servicio oficial, en nada influye el régimen de cesantías anualizado o retroactivo que los cobije, máxime cuando el Consejo de Estado al estudiar los antecedentes de la citada ley 1071, encontró que, el legislador consideró que el término perentorio para la liquidación de las cesantías busca que la administración expida la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los empleados, criterio que en nada tiene en cuenta si se trata del régimen anualizado o retroactivo.

(...)

Tal criterio de igualdad valorado desde la perspectiva de ser funcionarios públicos, sin posibilidad de exclusión de los docentes oficiales, no vería razonable el dejar a los docentes del régimen retroactivo por fuera de la órbita de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, luego en criterio de esta Sala, la sanción moratoria aquí discutida cobija a los docentes oficiales a los que hizo referencia la Ley 91 de 1989 sin necesidad de verificar si se trata de régimen anualizado o retroactivo.¹⁵ (Subrayado del Despacho)

44. **En conclusión**, la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías antes del 15 de febrero de cada anualidad establecida en la Ley 50 de 1990 no es aplicable a los docentes, dado que esta sanción es impuesta a los empleadores que no consignen las cesantías en el término establecido por la Ley, sanción que no puede aplicarse respecto de los docentes, teniendo en cuenta que es la misma Nación que debe pagar las cesantías con los recursos dispuestos en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

45. Así mismo, el criterio de aplicabilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías establecidos en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, es la connotación de servidor público que le asiste a los docentes del servicio oficial, que en nada interviene el régimen de cesantías anualizado o retroactivo que los acoge, pues conforme al análisis del Consejo de Estado, el legislador consideró que el término perentorio para la liquidación de las cesantías busca garantizar que la administración expida los actos administrativos de manera oportuna y expedita para evitar conductas contrarias a la Ley que ocasionen perjuicios a los empleados, sin necesidad de verificar si se trata de un docente perteneciente al régimen anualizado o retroactivo.

46. Finalmente, debe señalarse que la Corte Constitucional en sentencia SU 332 del 25 de julio de 2019 frente a la procedencia de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías, concluyó:

¹⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No 2. Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Arciniegas. Providencia de fecha 23 de octubre de 2019. Expediente: 15001-33-33-005-2017-00143-01.

“En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.”

47. Para el caso concreto, de las pruebas allegadas se encuentra que la convocante radicó la solicitud de cesantías parciales, el 7 de septiembre de 2018 conforme se lee en la Resolución No. 331 del 30 de noviembre de 2018 vista a folio 12 así como en el hecho No. 3º de la solicitud de conciliación.

48. Se observa, que la Secretaria de Educación de Duitama en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 331 del 30 de noviembre de 2018 (fl. 12-13), reconoció las cesantías parciales a la convocante como docente **NACIONAL**, por valor de \$ 52.361.186, para ser canceladas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la entidad Fiduciaria la Previsora S.A., las cuales según la certificación vista a folio 14, fueron pagadas a la convocante el 1 de marzo de 2019 a través del banco BBVA.

49. Así mismo, se advierte a folios 15 a 27 que la convocante envió a la entidad convocada solicitud de reconocimiento y pago de sanción por mora por pago tardío de las cesantías, sin que a la fecha haya sido resuelta por la entidad, la cual fue radicada el 10 de abril de 2019 (fl. 15).

50. Ahora bien, para efectos de contabilización de la mora en los eventos en que la administración no reconozca en tiempo las cesantías, es procedente la sanción moratoria, la cual corresponde a un día de salario por un día de retraso; al respecto el Consejo de Estado en la sentencia de unificación arriba citada dijo:

«[...] 95. En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006¹⁶), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011¹⁷) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51¹⁸], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente,

¹⁶ «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

[...]

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

¹⁷ «ARTÍCULO 76. oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

[...]

ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.

2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

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

5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.»

¹⁸ «Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

[...]

Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.

[...]»

al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006¹⁹. [...]» (Subraya la Sala)

51. En virtud de lo anterior, y teniendo en cuenta que la convocante radicó la petición de cesantías parciales el día **7 de septiembre de 2018** y el acto de reconocimiento se expidió el 30 de noviembre de 2018, no cabe duda que la entidad lo hizo en forma tardía, puesto que transcurrieron más de quince (15) días entre la radicación de la solicitud y la expedición del acto (fl. 12).

52. Como en el presente asunto, la convocante solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías definitivas el día **7 de septiembre de 2018**, la entidad contaba para expedir la resolución correspondiente, hasta el 28 de septiembre de 2018 (15 días); sumados los 10 días de ejecutoria toda vez que la petición se presentó en vigencia del CPACA²⁰ (12 de octubre de 2018), es a partir de esa fecha que empezarian a contar los 45 días hábiles que trata el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006.

53. En consecuencia, la contabilización de la mora deberá iniciar a partir del vencimiento de los términos fijados en la ley para la expedición del acto de reconocimiento y el pago de la prestación, esto es 70 días hábiles los cuales deben contarse desde la radicación de la solicitud, con lo cual se tiene que en el sub examine la entidad convocada incumplió no solo el término para expedir el correspondiente acto de reconocimiento de cesantías sino el plazo para su pago, en tanto que el mismo debió realizarse **el 19 de diciembre de 2018**, no obstante, los dineros correspondientes a dicho pago sólo estuvieron a disposición de la interesada hasta el **26 de febrero de 2019**. (fls. 55).

54. De manera que, dando aplicación a los referentes jurisprudenciales y legales citados, sin más reparos se llega a la conclusión que en el caso puesto a consideración se causó una sanción por mora en el pago de las cesantías prevista por la Ley 1071 de 2006 desde el **20 de diciembre de 2018 hasta el 25 de febrero de 2019**.

55. Finalmente, se dirá que la entidad convocada no desvirtuó el incumplimiento de los términos fijados en la Ley 1071 de 2006 para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas del actor, razón por la cual, es responsable de la sanción moratoria por el retardo de **68 días** en el pago de las cesantías parciales de la convocante, reconocidas mediante Resolución No. 331 del 30 de noviembre de 2018. (fls. 12 y 13).

Prescripción.

56. Establecido el derecho que le asiste a la convocante, se torna procedente abordar el estudio el fenómeno jurídico de la prescripción, frente a lo cual ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

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

²⁰ «**ARTÍCULO 76. OPORTUNIDAD Y PRESENTACIÓN. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.**

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.»

«**ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme:**

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.

2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

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

5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo. **ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.**

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instaren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.»

57. El fenómeno jurídico de la prescripción se encuentra sujeto al termino previsto en el artículo 151 del CPTySS el cual establece que los derechos laborales prescriben tres años después que se hacen exigibles, agregando que el simple reclamo escrito del trabajador sobre un derecho debidamente determinado, ante la autoridad competente, interrumpe el término, pero sólo por un lapso igual. Postura que ha sido adoptada por el Consejo de Estado²¹ quien establece que no es necesario dar aplicación a los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, toda vez que ello solo es posible para los derechos a que hacen alusión las referidas disposiciones, entre los cuales no figura la sanción moratoria objeto de análisis.

58. En este punto vale la pena traer a colación un pronunciamiento efectuado por el Tribunal Administrativo de Boyacá²² que en relación con la prescripción en reclamaciones de indemnización moratoria por pago tardío de las cesantías señaló:

“Como se señaló en precedencia, en efecto, la demandante tenía el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantías, en los términos de la Ley 244 de 1995, teniendo como fechas de causación de dicha sanción, el 08 de septiembre de 2005 y el 22 de diciembre de 2009.

Por consiguiente, una vez vencido el término de los 45 días con los que contaba la administración departamental para efectuar el pago del auxilio de cesantías, lo cual, según se señaló, ocurrió el 08 de septiembre de 2005, la demandante estaba en su derecho de solicitar a la administración, el reconocimiento y pago de tal sanción correspondiente al pago de un día de salario por cada día de retardo.

Ahora bien, en el presente caso se observa que la petición para el reconocimiento de la sanción moratoria fue presentada por la demandante el 19 de diciembre de 2012, fecha a partir de la cual se interrumpió el término prescriptivo de los 3 años.

En consecuencia, debe señalarse que los periodos diarios de sanción, anteriores al 19 de diciembre de 2009 han prescrito. Por tanto, únicamente se reconocerán los causados desde el 19 de diciembre de 2009 y hasta el 22 de diciembre de 2009. En conclusión, la excepción propuesta, prospera parcialmente.”

59. Pues bien, en el caso concreto y como quedo explicado en líneas anteriores se advierte que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías entre **20 de diciembre de 2018 hasta el 25 de febrero de 2019**.

60. Ahora bien, una vez vencido el término de los 45 días con los que contaba el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para efectuar el pago definitivo de cesantías, como se indicó ocurrió el **19 de diciembre de 2018**, la convocante tenía el derecho de solicitar a la entidad el reconocimiento y pago de tal sanción, correspondiente al pago de un día de salario por cada día de retardo.

61. En el presente caso, la demandante elevó la solicitud administrativa para el reconocimiento de la sanción moratoria el **10 de abril de 2019** (fl. 15), fecha a partir de la cual se interrumpió el término prescriptivo de los 3 años, en tanto que la solicitud de conciliación fue presentada el 11 de octubre de 2019. (fl. 1)

62. Así las cosas, debe indicarse que teniendo en cuenta la fecha de presentación de la reclamación y los periodos diarios de sanción moratoria causados, considera esta instancia entonces que el derecho reclamado no se encuentra afectado por el fenómeno de la prescripción.

Que el acuerdo verse sobre los derechos económicos disponibles por las partes

63. Observada la liquidación que adjunta la entidad convocada que sirve de base al acuerdo conciliatorio formulado, se encuentra que la misma propuso un acuerdo

²¹ Ver al respecto la sentencia del Consejo de Estado del 1° de agosto de 2019 M.P. SANDREA LISSET IBARRA VÉLEZ Exp. (4425-2018) y sentencia de unificación de la misma corporación CE-SUJ004 del 25 de agosto de 2016

²² TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ. M.P. OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO. Sentencia de Primera Instancia del 11 de abril de 2018. Radicado No. 150012333000201300489-00

conciliatorio del 90% del valor total de la mora, monto que se ajusta a los parámetros legales y jurisprudenciales aplicables al caso en concreto.

64. Es así como, la entidad demandada allega el acta de conciliación donde se integra la liquidación efectuada y los porcentajes acordados en la audiencia de conciliación, tal como se resume en la siguiente tabla:

65. **VALOR TOTAL A PAGAR POR SANCIÓN MORATORIA**

CONCEPTO	VALOR
No. de días de mora	68
Asignación básica aplicable	\$ 3'641.927
Valor de la mora	\$ 8.255.035
VALOR A CONCILIAR (90%)	\$ 7'429.531

66. En este punto, debe precisarse que, aunque el valor conciliado corresponde a un porcentaje inferior al valor correspondiente al que realmente tiene derecho la convocante por concepto de sanción moratoria, lo cierto es que, al tratarse de un derecho particular con carácter económico, que adicionalmente no ostenta la calidad de cierto e indiscutible²³, en la medida en que se trata de la sanción moratoria que se constituye como una penalidad y no directamente del pago de las cesantías que sí es una prestación social, la parte convocante tenía la facultad de transigir el derecho, inclusive por un valor inferior, como efectivamente sucedió dentro del presente asunto.

67. Por las razones expuestas precedentemente, el Despacho encuentra cumplido el requisito analizado en el presente numeral relativo a la legalidad del acuerdo conciliatorio.

Que no resulte lesivo para el patrimonio público.

68. Con los reconocimientos económicos efectuados al peticionario, no se lesiona el patrimonio de la entidad estatal convocada por cuanto se reconocen de acuerdo con la jurisprudencia de unificación por el Consejo de Estado.

69. A más de lo anterior, debe advertirse que de adelantarse un proceso judicial habría una alta probabilidad de condena que, además del pago de los valores que acá se acuerdan, podrían ser superiores en la medida la conciliación se realizó por porcentaje inferior al que tenía derecho la convocante. Así, esta circunstancia implica una menor afectación al patrimonio de la entidad convocada.

²³ Al respecto ver CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B. CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D. C., 7 de marzo de 2019. Exp. 23001-23-33-000-2015-00187-01 y CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B. CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D. C., 24 de enero de 2019. Exp. 23001-23-33-000-2014-00222-01. En ambos expedientes se consignó lo siguiente:

"27. De este modo, la jurisprudencia del Consejo de Estado igualmente ha caracterizado la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías como una multa a favor del trabajador y en contra del empleador estatuida con el objeto de reparar los daños causados al primero por el incumplimiento en el plazo para el pago²³.

28. Visto lo anterior, es preciso concluir que la sanción moratoria no es un derecho cierto e indiscutible, ya que tiene como propósito procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la cesantía, por lo que si bien representa una suma de dinero considerable, sucesiva mientras no se produzca su pago; ella ni lo compensa ni lo indemniza por la ocurrencia de la mora del empleador en cumplir con su obligación de dar.

29. De allí que no pueda considerarse a la penalidad aludida como un derecho cierto o una acreencia derivada de la relación laboral ocasionada en virtud de la prestación del servicio o de las eventualidades que el empleador ampare en virtud de lo que ordena la ley; a contrario sensu de la prestación social - cesantías definitivas, que fue establecida para enfrentar las contingencias desde el punto de vista económico del núcleo familiar del empleado mientras este se encuentre cesante, y ha sido definida desde la jurisprudencia²³, como uno de los componentes de la protección constitucional establecida a favor de los trabajadores, como manifestación del derecho a la seguridad social y asimismo, como una garantía irrenunciable de todo trabajador.

30. Lo anterior, ha sido igualmente reiterado por la jurisprudencia pacífica²³ de esta Corporación, en donde la sala de decisión homóloga de esta Subsección, sostuvo que: «No existe discusión que la sanción moratoria no es considerada como una prestación social, sino como su nombre lo indica, es una sanción que se aplica cuando se demuestra que hubo un retardo en el pago de las cesantías y el interesado la reclama oportunamente a la administración para agotar debidamente la vía gubernativa» (Negrillas y subrayado furea de texto)

Que la conciliación se haya suscrito con el representante legal de la entidad convocada o, en su defecto, por conducto de apoderado con facultad expresa para conciliar.

70. A la audiencia de conciliación prejudicial celebrada el once (11) de diciembre de 2019 comparecieron los apoderados de las partes debidamente facultados para conciliar, tal como consta tanto en los poderes (fls. 36 y 43) como en el acta del comité de conciliación vistos a folio 56, sugiriéndose en esta última conciliar sobre la suma ofrecida.

71. Conforme a lo expuesto, el Despacho impartirá aprobación al acuerdo conciliatorio a que llegaron las partes el día once (11) de diciembre de 2019, en desarrollo de la Audiencia de Conciliación Prejudicial. En consecuencia, se

RESUELVE:

PRIMERO. APROBAR la conciliación prejudicial realizada el once (11) de diciembre de 2019 entre la apoderada judicial de la señora FLOR ALBA CHAVES DE VESGA y la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, ante la Procuraduría 122 Judicial II Delegada para Asuntos Administrativos de Tunja, en los mismos términos que allí se estipularon.

SEGUNDO. Esta providencia y el acuerdo conciliatorio prestan mérito ejecutivo y hacen tránsito a cosa juzgada material.

TERCERO. Una vez ejecutoriado este auto, expídase copia auténtica del mismo y de la conciliación prejudicial a la parte convocante, dejando, tanto en ellas como en el expediente, las constancia a que hace referencia el artículo 114 del C.G.P. previa cancelación del respectivo arancel judicial²⁴.

CUARTO. Si la entidad convocada lo solicitare, expídansele también copias de las piezas procesales señaladas en el numeral anterior.

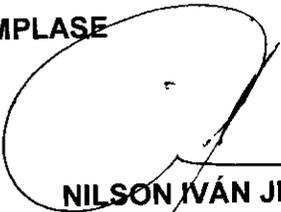
QUINTO. Por Secretaría, comuníquese a la Procuraduría 122 Judicial II para Asuntos Administrativos de Tunja, la decisión adoptada.

SEXTO. En firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor en el sistema de información judicial.

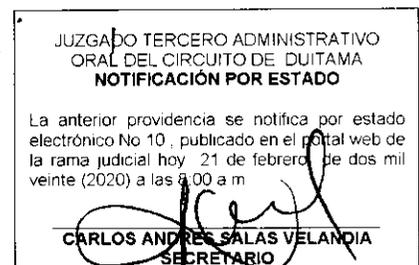
SÉPTIMO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 de la ley 1437 de 2011, por secretaría envíese correo electrónico a los apoderados de las partes convocante y convocada, que informe de la publicación del estado en la página Web.

OCTAVO. En caso de que alguna de las partes lo hayan manifestado expresamente, notifíqueseles por secretaría la presente providencia a través de correo electrónico, de conformidad con el artículo 205 de la Ley 1437 de 2011.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NILSON IVÁN JIMÉNEZ LIZARAZO
Juez

WII



²⁴ Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura: "Acuerdo No PSAA18-11176 del 13 de diciembre de 2018. "Por el cual se compilan y actualizan los valores del arancel judicial en [...] Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo [...]"