



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO**

Tunja, dieciocho (18) de febrero de dos mil veinte (2020)

**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**DEMANDANTE: TEMILDA SIERRA SUÁREZ**

**DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

**RADICACIÓN: 150013333001 2019 00042-00**

**I. ASUNTO**

Decide el despacho sobre el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurado por TEMILDA SIERRA SUÁREZ, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO con el objeto que se declare la nulidad del acto ficto que le negó la solicitud radicada el 28 de agosto de 2018 bajo el No. 2018PQR44652, por medio de la cual pretendía el reconocimiento, liquidación y pago de una sanción moratoria por el retardo en el pago de sus cesantías.

**II. SÍNTESIS DEL CASO**

La señora TEMILDA SIERRA SUÁREZ demandó la nulidad del acto ficto que le negó la solicitud radicada el 28 de agosto de 2018 bajo el No. 2018PQR44652, por medio de la cual pretendía el reconocimiento, liquidación y pago de una sanción moratoria, correspondiente a un día de salario por cada día de mora, sanción a la que considera que tiene derecho por cuanto el FOMAG le hizo el pago de manera tardía de sus cesantías parciales por fuera de los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la petición de la actora del reconocimiento de dicha prestación.

**III. LA DEMANDA**

Pretende la actora que se declare la nulidad del acto ficto o presunto, producto de la falta de respuesta al derecho de petición radicado 2018PQR44652 del 28 de agosto de 2018, por medio del cual se niega el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción por la mora en el pago de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la entidad expedir el correspondiente acto administrativo por medio del cual reconozca, liquide y pague la sanción moratoria consistente en un día de

salario por cada día de mora desde el 27 de febrero hasta el 08 de agosto de 2018, que las sumas de dinero reconocidas sean indexadas, que se condene al FOMAG al pago de intereses moratorios, así como a las costas y agencias en derecho.

### **3.2. Fundamentos Fácticos**

En resumen, los hechos en los cuales se fundan las pretensiones de la demanda son:

3.2.1. Que la demandante ha laborado al servicio de la educación pública.

3.2.2. Que mediante petición radicada bajo el No. 2017 – CES – 502312 del 14 de noviembre de 2017, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales.

3.2.3. Que a través de la Resolución No. 001251 del 01 de febrero de 2018, se le reconoció y ordenó el pago de las cesantías parciales.

3.2.4. Que el valor reconocido en la Resolución anterior, le fue cancelado como consta en el recibo de pago hasta el 08 de agosto de 2019.

3.2.5. Que mediante derecho de petición radicado bajo el No. 2018PQR44652 del 28 de agosto de 2018, solicitó al FOMAG el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías correspondientes a un día de salario por cada día de mora desde los 70 días hábiles siguientes a la fecha de radicación de la petición de las cesantías. A través de la Resolución No. 009523 de 19 de diciembre de 2016 niega la solicitud de una sanción moratoria a una cesantía parcial.

3.2.6. Que a partir de los 70 días hábiles, la demandante tiene derecho a la sanción moratoria.

3.2.7. Que en los términos del artículo 83 del C.P.A.C.A., han transcurrido más de tres meses contados a partir de la radicación de la petición, sin que se haya notificado decisión que la resuelva, por lo que se entiende que la respuesta es negativa.

### **3.3. Normas Violadas y Concepto de Violación.**

Manifestó que la entidad demandada vulneró el derecho a la igualdad de la demandante al ponerla en una situación de desventaja frente a los docentes que se les han cancelado sus cesantías parciales o definitivas dentro del término estipulado por la Ley 1071 del 31 de julio de 2006, que con el retardo injustificado en el pago de las cesantías se está transgrediendo la dignidad humana de la accionante, así como el preámbulo, artículos 2 y 53 de la Constitución Política.

Indicó que la entidad demandada vulnera preceptos de carácter legal como el Acuerdo 34 de 1998 expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, que establece el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías a cargo de

dicha entidad, la Ley 244 de 1995 que fija el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos y la Ley 1071 de 2006 que la modifica.

Señaló que la entidad al negar el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías vulneró los artículos 2° y 84° del C.C.A., en tanto se presentó una actuación irregular de la administración que se agravó cuando, al haber la posibilidad de subsanarla, la entidad a través de los actos que se impugnan desconoció derechos irrenunciables e imprescriptibles.

Expuso que se presentó una falsa motivación en el acto demandado en razón a que el sustento legal dado a la decisión no es acorde a la realidad, y que hay una violación directa de la Ley al negarse el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías desde los 65 días hábiles siguientes a la fecha de radicación de la petición de cesantías sin fundamento legal o fáctico.

#### **IV.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

##### **4.1. FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

La entidad demandada dentro del término de traslado no presentó escrito de contestación de la demanda.

#### **V. ACTUACIONES PROCESALES**

La demanda fue presentada el 18 de marzo de 2019 (fl.8), correspondiéndole su trámite a este Despacho, que mediante auto del 28 de marzo de 2019 (fls.78 y 79) decidió admitirla.

Por auto del 22 de agosto de 2019, se fijó fecha para llevar a cabo la Audiencia Inicial, el día 02 de septiembre del mismo año a partir de las 02:00 p.m. (fl.88).

La Audiencia Inicial se llevó a cabo el día y la hora indicada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en la cual se resolvió la excepción previa propuesta por la parte demandada, se decretó la práctica de pruebas solicitadas por las partes, y se fijó fecha para la Audiencia de Pruebas el día 22 de octubre de 2019, a partir de las 9:00 a.m. (fls.90 - 94).

Se llevó a cabo Audiencia de Pruebas en la hora y fecha fijada, durante la cual se hizo el recaudo de las pruebas, procediéndose a ordenar a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación de la misma (fls. 113 y 114).

#### **VI. DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL**

##### **6.1. Fijación del litigio (Artículo 180-7 CPACA)**

En el presente caso a folios 91 vto. y 92 en la audiencia inicial, una vez se verificó que al no haber contestado la demandada el litigio versaría sobre la totalidad de los hechos de la demanda, se fijó el problema jurídico en los siguientes términos:

*“(...) Corresponde al Despacho determinar si la señora **TEMILDA SIERRA SUÁREZ** tiene derecho al reconocimiento y pago de una sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías definitivas en los términos de la Ley 1071 de 2006. (...)”*

Contra dicha decisión no hubo pronunciamiento de las partes ni se presentaron recurso (fl.92).

## VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**7.1. La parte demandante (fls.116 a 118)** presentó escrito de alegatos de conclusión indicando que la entidad demandada no desvirtuaron el hecho de no haber respondido la petición realizada por la actora el 28 de agosto de 2018, en la que solicitaba el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

Citó la sentencia del 22 de marzo de 2018 emitida por la Sección Segunda del Consejo de Estado referente al reconocimiento de la sanción moratoria. Indicó que el FOMAG no solo se demoró en el pago de las cesantías a la docente, sino también en la expedición del acto administrativo que se las reconocía, configurándose mora en el trámite, violentando de manera flagrante los términos establecidos en la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Advirtió que la petición de cesantías fue radicada el 14 de noviembre de 2017 y el término de los 70 días hábiles se cumplió el 27 de febrero de 2018, por lo que hubo mora en el trámite al habersele pagado dicha prestación a la docente hasta el día 08 de agosto de 2018, fecha en la que ese dinero ingresó al patrimonio de la demandante. Que el período de la sanción moratoria causada debe calcularse desde el día siguiente al vencimiento de los 70 días con los que contaba la entidad hasta cuando realmente se efectuó el pago y no hasta cuando quedó a disposición el dinero.

**7.2. La agente del Ministerio Público (fls.119 a 126)** presentó concepto No. 96 dentro del presente medio de control. Luego de hacer un recuento legal y jurisprudencial sobre el derecho que tienen los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria por la demora en el pago de la cesantía, sobre la forma en que debe reconocerse el término que se tiene para adelantar el trámite para el reconocimiento de la citada prestación y de la base salarial que se debe tener en cuenta para calcular el monto de la sanción moratoria, adujo que la demandante tiene derecho a que se le reconozca dicha sanción, que al haber presentado la petición de pago de la cesantía el 14 de noviembre de 2017, el término de los 70 días se venció el 26 de febrero de 2018, por lo que la sanción moratoria deberá empezar a contabilizarse a partir del 27 de febrero de 2018, día hábil siguiente al

vencimiento del plazo, hasta el 2 de agosto de ese mismo año, día en el que fue puesto el dinero a favor de la demandante.

Indicó que el término de la sanción debe contarse en días hábiles y no calendario, por lo que en el presente caso se debe reconocer la mora por el término de 104 días de salario, así mismo, consideró que no es procedente acceder a la pretensión del reconocimiento de indexación e intereses moratorios por la suma pretendida.

Solicitó, por último que se acceda parcialmente a las pretensiones declarando nulo el acto ficto o presunto demandado, reconociendo a título de restablecimiento del derecho, la sanción moratoria en los términos expuestos en el concepto.

**La parte demandada FOMAG no se pronunció.**

## VIII. CONSIDERACIONES.

### 8.1. COMPETENCIA

De conformidad con el numeral 2 del artículo 155 del CPACA, los jueces administrativos son competentes para conocer en primera instancia de controversias que se susciten con ocasión al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral en los que se controvertan actos administrativos, cuando su cuantía no exceda cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

### 8.2. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los hechos de la demanda y la contestación de la entidad demandada, el problema jurídico se resume en los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la señora **TEMILDA SIERRA SUÁREZ** al reconocimiento y pago de una sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías definitivas en los términos de la Ley 1071 de 2006?

### 8.3. ANÁLISIS PROBATORIO

Previa descripción puntual del material probatorio recaudado en el proceso y que resulta relevante para resolver el problema jurídico planteado, es necesario recordar algunas reglas respecto a las formalidades y valoración de los elementos de convicción en los procesos de competencia de esta jurisdicción:

En cuanto a la valoración de los documentos aportados en copia simple, el artículo 246 del Código General del Proceso, establece:

*“ARTÍCULO 246. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.*

*Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.”*

En consecuencia, se dará mérito a las documentales aportadas en tal condición, siempre y cuando hayan sido allegados dentro de los términos procesales dispuestos para aportar pruebas, dado que los antecedentes procesales revelan que no existe controversia entre los justiciables respecto a este tópico.

#### **8.4. PRUEBAS**

En el expediente obran las siguientes pruebas documentales:

- Copia del derecho de petición radicado el 28 de agosto de 2018, por medio del cual la demandante solicita al FOMAG el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías (fls.10 a 12).
- Copia de un comprobante de transacción emitido por el Banco Agrario de Colombia de fecha 08 de agosto de 2018, en el que aparece como beneficiaria TEMILDA SIERRA SUÁREZ, por un valor de \$24769921 (fls.13 y 69).
- Copia de la Resolución No. 01251 del 01 de febrero de 2018, suscrita por el Secretario de Educación de Boyacá en Representación del FOMAG, por medio de la cual se le reconoce a TEMILDA SIERRA SUÁREZ una cesantía parcial por la suma de \$24'769.921 (fls.13 Vto. - 14, 24 – 26 y 66 - 68).
- Copia de la Resolución No. 005225 de 14 de junio de 2018, suscrita por el Secretario de Educación de Boyacá en representación del FOMAG, por medio de la cual se aclara de oficio la Resolución No. 001251 del 01 de febrero de 2018 (fl.15 -16, 19 - 20).
- Copia de la Cédula de Ciudadanía de la señora TEMILDA SIERRA SUÁREZ (fl.17, 27).
- Copia de un formulario de la Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio en el que se incorporan unos datos de la señora TEMILDA SIERRA DUÁREZ, indicando que la prestación solicitada es la cesantía parcial para reparación y que la fecha de radicación de la solicitud es el 14 de noviembre de 2019 (fl.21).
- Copia de la hoja de revisión de las cesantías reportadas a la docente TEMILDA SIERRA SUÁREZ de 15 de diciembre de 2019 (fl.22 y 23).

- Copia de la información de la radicación de la solicitud de cesantía parcial de la señora TEMILDA SIERRA SUÁREZ, a la cual se le asignó el consecutivo 2017 – CES – 502312, que aparece como radicada el día 14 de noviembre de 2017 (fl.31).
- Copia del formato de solicitud de cesantía parcial de la docente diligenciado por la demandante (fl.32).
- Certificado de Historia Laboral de la docente TEMILDA SIERRA SUÁREZ (fls.33 a 36).
- Copia de la notificación de cesantía parcial a la docente TEMILDA SIERRA SUÁREZ desde el año 1999 hasta el 2016 (fls.37 a 52).
- Copia de los documentos que hicieron parte de la solicitud de la demandante para el pago de cesantía parcial para reparación de vivienda (fls.55 a 65).
- Certificado de factores salariales de la docente TEMILDA SIERRA SUÁREZ para el año 2018 (fls.108 y 109).
- Oficio remitido por el Baco Agrario de Colombia el 23 de septiembre de 2019, por medio del cual reporta que el giro realizado a la demandante por el valor de la cesantía reconocida le fue consignado el día 03 de agosto de 2018, siéndole pagado dicho valor el 08 de agosto de ese mismo año (fl.112).

### **8.5. Hechos probados**

De conformidad con las pruebas incorporadas al expediente se encontraron demostrados los siguientes hechos relevantes para la decisión de los problemas jurídicos:

- Mediante solicitud No. 2017- CES-502312 del 14 de noviembre de 2017, la señora TEMILDA SIERRA SUÁREZ solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de su cesantía parcial para reparación.
- Mediante Resolución No. 006293 de 01 de febrero de 2018 (el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la docente TEMILDA SIERRA SUÁREZ en cuantía de \$27060872, haciéndole un descuento y quedando como saldo final a pagar la suma de \$24769921, Resolución que le fue notificada personalmente a la demandante el día 16 de febrero de 2018.
- Posteriormente, el FOMAG expidió la Resolución No. 5225 de 14 de junio de 2018, por medio de la cual aclara de oficio el artículo primero y el parágrafo primero de la Resolución No. 005225 de 14 de junio de

2018, acto que le fue notificado personalmente a la demandante el día 15 de junio del mismo año.

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le giró a la docente el valor correspondiente al pago de la cesantía parcial el día 03 de agosto de 2018, monto que le fue efectivamente pagado a la demandante el día 08 de agosto de ese mismo año.
- La señora TEMILDA SIERRA SUÁREZ radicó solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria por el retardo en el pago de cesantía parcial el 28 de agosto de 2018 ante el FOMAG, petición que no le fue contestada por parte de la entidad demandada.

### 8.6. Asunto previo: De la existencia de acto ficto negativo

Como quiera que el apoderado de la parte demandante dentro de las pretensiones plantea la existencia de un acto ficto o presunto negativo como consecuencia de la falta de respuesta respecto a la petición de fecha 28 de agosto de 2018, y del cual pretende se declare su nulidad, procede el Despacho a verificar si en efecto se configuró el silencio administrativo negativo que tiene como consecuencia la consolidación del acto ficto negativo, recordando, como lo señaló el Consejo de Estado en providencia del 15 de marzo de 2007<sup>1</sup>, que el mismo puede ser declarado aún de oficio en tanto la configuración de dicha figura no se puede constituir como una pretensión sino que es un hecho que opera con el transcurso del tiempo.

En efecto el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011, respecto a silencio administrativo negativo dispone:

**“Art.- 83. Silencio negativo. *Trascurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta 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 (...).**(negrilla y subrayas fuera de texto).

Advirtiendo que no se evidenció dentro del proceso respuesta alguna por parte de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a la petición radicada ante la Secretaría de Educación el 28 de agosto de 2018 (fls.10 y 11) mediante el cual se solicitó el reconocimiento a la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía, hay lugar a declarar la configuración del silencio negativo en relación con la petición arriba enunciada.

### 8.7. Marco normativo.

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sentencia del quince (15) de abril de dos mil siete (2007). Rad. No. 25000-23-25-000-2002-09146-014612-05. M.P. ALBERTO ARANGO MANTILLA.



### 8.7.1. Sanción por mora en el pago de la cesantía de los servidores públicos.

La indemnización por mora en el pago de la cesantía de los servidores públicos fue establecida mediante la Ley 244 de 1995<sup>2</sup>, 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 penitenciario 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.”*

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 del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro”.*

*(...)*

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

<sup>2</sup> “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

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).

Según la norma en comento, 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.

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

**“Artículo 4º. 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 5º. Mora en el pago.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías 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.”

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.

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.

#### **4.6.2. Régimen legal del pago de las cesantías de los docentes**

Los docentes se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989<sup>3</sup>, norma que en su articulado no señaló nada sobre la sanción por la mora en la cancelación de dicha prestación social. De igual manera, la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, consagran términos diversos al previsto en el sistema general, por lo que en principio, no es razonable exigir a las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas ni a la Fiduciaria La Previsora S.A., el cumplimiento del plazo señalado en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, en la medida en que las normas aplicables de manera excepcional a los afiliados al FOMAG consagraron términos diversos e inclusive más extensos, y adicionalmente, el legislador no contempló en ellas, tal penalidad. Inclusive se cuestionó la condición de “empleados públicos” de los docentes, para ser destinatarios del régimen normativo de la sanción moratoria. Por lo tanto, en los administradores de justicia surgió el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad.

#### **4.7. Reglas jurisprudenciales.**

##### **4.7.1. Criterios jurisprudenciales sobre la aplicación de la Ley 244 de 1995 a los docentes oficiales.**

Respecto de la aplicación de lo establecido en la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, a los docentes vinculados con el Estado, en específico en relación al reconocimiento y pago de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, el Consejo de Estado ha tenido criterios disímiles. En efecto, en algunas ocasiones se ha señalado que el régimen especial de los docentes no consagró el reconocimiento de la sanción moratoria y por lo tanto no es procedente acceder a este derecho en el caso de tales servidores<sup>4</sup>. En otras oportunidades, el Órgano Vértice de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ha optado por reconocer la sanción moratoria en el caso de los docentes, como lo hizo en sentencia del 14 de diciembre de 2015<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

<sup>4</sup> Sobre este criterio pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias:

- Consejo de Estado. Sentencia del 29 de noviembre de 2007. R: 73001-23-31-000-2001-02988-01(2271-05). M.P.: JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE. Consejo de Estado. Sentencia del 9 de julio de 2009. R: 76001-23-31-000-2004-01655-01(0672-07). M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. Consejo de Estado. Sentencia del 19 de enero de 2015, R: 73001-23-33-000-2012-00226-01(4400-13). M.P.: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Radicación No: 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14) M.P.: GERARDO ARENAS MONSALVE

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia SU-336 de 2017<sup>6</sup>, se pronunció acerca de los diferentes criterios que al respecto ha planteado el Consejo de Estado para negar o conceder el reconocimiento de esa sanción, indicando que debe 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. En dicha sentencia, el órgano de cierre 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 parciales o definitivas 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)

En sentencia de unificación jurisprudencial el Consejo de Estado<sup>7</sup>, en relación con el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías de los docentes indicó:

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017. M.P.: IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

<sup>7</sup> Consejo de Estado. 18 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

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

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

(...)

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

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

Para llegar a tales conclusiones, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo consideró desde el punto de vista Constitucional y legal, que los docentes son considerados empleados públicos teniendo en cuenta los siguientes criterios: (i) prestan un servicio público esencial a cargo del Estado –Nación y entidades territoriales- en virtud del principio de la descentralización administrativa, (ii) su vinculación se realiza a través de un órgano de la administración bien sea del orden nacional o departamental, todo ello con el fin de garantizar el efectivo y eficiente ejercicio del servicio público de educación que busca no solo el cumplimiento de la función pública, sino la materialización de los fines esenciales del Estado Y (iii) 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.

Con fundamento en lo anterior, el Consejo de Estado determinó que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995<sup>8</sup> y 1071 de 2006<sup>9</sup>, 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 en la sentencia de unificación señalada.

Conforme con lo resuelto por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, este despacho considera 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. De

<sup>8</sup> «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.»

<sup>9</sup> «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.»

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.

#### 4.8. Caso en concreto

En primer lugar ha de indicarse que el régimen aplicable a la liquidación del auxilio de cesantías de la demandante no fue objeto de debate en este proceso, tanto así que la sanción moratoria cuya aplicación se solicita es la dispuesta en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006; por lo que a efectos de determinar si le asiste a la demandante el derecho al pago de la sanción moratoria solicitada, se le tendrá como beneficiaria del régimen anualizado de cesantías.

Ahora bien, como se advirtió en los hechos probados, la demandante radicó la solicitud de cesantías definitivas el 14 de noviembre de 2017, siéndole reconocida dicha prestación hasta el 01 de febrero de 2018 por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 001251 de esa fecha, aclarada mediante Resolución No. 005225 de 14 de junio de 2018. La suma correspondiente al reconocimiento de las cesantías parcial solo le fue consignada hasta el 03 de agosto de 2018, como lo indicó la certificación del Banco Agrario (fl.112).

Así mismo se advierte a folios 12 y 13 que el demandante radicó solicitud de reconocimiento y pago de sanción por mora en el reconocimiento de las cesantías el 28 de agosto de 2018, frente a la cual la entidad demandada no dio respuesta por lo que se configuró un silencio administrativo negativo.

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<sup>10</sup> ha dicho:

*“Sobre la contabilización de la mora por el pago tardío de la cesantía, ya se anotó que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, en los eventos en que la administración no se pronuncie frente a la solicitud de pago del auxilio de cesantía, **o lo haga en forma tardía, dicha situación no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso, razón por la cual, en tales casos, la moratoria debe contabilizarse a partir de la fecha de la solicitud, pues en caso contrario, se estaría avalando el retardo injustificado de la administración en proferirlo, desconociendo los motivos que el legislador tuvo para la consagración de esta sanción.**” (Resaltado y subrayado fuera de texto)*

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Radicación Número: 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14) M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE.

En reciente jurisprudencia de unificación del 18 de julio de 2018<sup>11</sup>, el Consejo de Estado, en relación al cómputo de término para el pago de cesantías señaló:

*“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. 1071/2006<sup>12</sup>), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011<sup>13</sup>) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51<sup>14</sup>], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, 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 2006<sup>15</sup>.*

(...)

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

<sup>11</sup> Consejo de Estado. 18 de julio de dos 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18. Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

<sup>12</sup> «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.»

<sup>13</sup> «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.»

<sup>14</sup> «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.  
[...]

<sup>15</sup> «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.»

En virtud de lo anterior, y teniendo en cuenta que la demandante radicó la petición de cesantías **parciales** el día **14 de noviembre de 2017**, y el acto de reconocimiento se expidió el 01 de febrero de 2018 (fls.13 Vto.-14), 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.

Como en el presente asunto, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías parcial el 14 de noviembre de 2017, la entidad contaba para expedir la resolución correspondiente, hasta el **05 de diciembre de ese año** (15 días); sumados los 10 días de ejecutoria toda vez que la petición se presentó en vigencia del CPACA<sup>16</sup> (20 de diciembre de 2017), es a partir de dicha fecha empiezan a contar los 45 días hábiles que trata el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006.

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 demandada incumplió no solo el termino para expedir el correspondiente acto de reconocimiento de cesantías sino el plazo para su pago, en tanto que el mismo debió realizarse **el 26 de febrero de 2018**, pero tan solo se llevó a cabo hasta el **03 de agosto de 2018** (como lo indicó la certificación del Banco Agrario de Colombia).

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 debe ordenarse el reconocimiento y pago de sanción por mora prevista por la Ley 1071 de 2006, en razón a que el pago

<sup>16</sup>“**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 instauren 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.”*



de las cesantías se produjo el 03 de agosto de 2018 será esta la fecha que debe de tenerse límite a efectos de contabilizar el término hasta el cual debe pagarse la sanción moratoria reclamada, la cual se causó **desde el 27 de febrero de 2018 hasta el 02 de agosto de 2018.**

Ahora bien, es necesario advertir que una de las razones por las cuales la entidad se retardó en hacer efectivo el pago de la cesantía de la demandante fue la corrección de unos errores cometidos en la Resolución que le reconocía dicha prestación, cuestión que no pueden ser atribuida a la accionante puesto que en primer lugar no se demostró que ella haya inducido al error de alguna manera a la entidad demandada, y en segundo lugar, no encuentra el despacho razón alguna para que la docente deba soportar la demora en el pago de su cesantía cuando ella se debió a un error cometido por los encargados de reconocer la prestación.

Por otro lado, el apoderado de la parte demandante indicó que la sanción moratoria solicitada debe ir hasta el momento en que se realizó el pago (08 de agosto de 2018) y no hasta el momento en el que la entidad realizó la consignación de la cesantía en la cuenta bancaria (03 de agosto de 2018), en cuanto el FOMAG no cuenta con un mecanismo para comunicar a los docentes desde cuando su cesantía se les ha consignado.

Frente a este punto, el despacho considera que la fecha que se debe tener en cuenta es la del 03 de agosto de 2018, día en el que la entidad realiza la consignación de la cesantía, en cuanto con dicha cancelación deja de estar en mora en la obligación del pago de la prestación indistintamente de la fecha en la que la accionante haya retirado el dinero correspondiente al pago de la cesantía.

Finalmente se dirá que la entidad demandada no desvirtuó el incumplimiento de los términos fijados en la Ley 1071 de 2006 para el reconocimiento y pago de la cesantía parcial de la actora, razón por la cual, es responsable de la sanción moratoria por el retardo de **156 días** en el pago de la cesantía parcial de la docente, reconocida mediante la Resolución No. 001251 del 01 de febrero de 2018.

Sobre el conteo de los días que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la sanción moratoria, se considera que contrario al pronunciamiento de la Agente del Ministerio Público, se tomaran los días calendario y no los hábiles, ello conforme a un reciente pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Boyacá que sobre este punto señaló que para la sanción moratoria no era aplicable lo establecido en el artículo 70 del Código Civil sobre los plazos de días, que cuando no se dijera expresamente que son calendario se entendería que son hábiles, en tanto cuando se hace referencia a dicha sanción no se habla del vencimiento de un plazo o el acaecimiento de un término. Respecto a este punto, el Tribunal señaló lo siguiente:

*“(…) No obstante, ha de indicar la Sala que la referida normatividad hizo alusión a los plazos concedidos en las normas, y estos, son entendidos como el tiempo legal o contractual establecido para que se produzca un*

*efecto jurídico, verbi gracia, la entidad demandada contaba con 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, situación que no se predica de la sanción moratoria, pues allí no puede hablarse del vencimiento de un plazo o del acaecimiento de un término.*

*Al efecto, cuando venció el plazo con que contaba la entidad para pagar las cesantías, incurrió en mora, consistente en un día de salario por cada día de retardo, entendiéndose que el día de salario es el percibido por el empleado, que para el caso lo devengaba por los 30 días del mes sin distinguir entre hábiles e inhábiles.*

*Ahora bien, la sanción moratoria aquí discutida garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social y bajo dicha perspectiva no es dable pensar que durante los días feriados y festivos la entidad no está en mora, una vez se constituye la misma, así permanece hasta el día de su pago sin distinguir días hábiles o feriados, porque se reitera, no se trata de un plazo ni de un término sino de una sanción, y los días de salario incluyen festivos y feriados. (...)"<sup>17</sup>*

Por consiguiente, en el evento que no se declare probada de oficio la excepción de prescripción, el Despacho declarará la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo generado por el derecho de petición elevado por la demandante el 28 de agosto de 2018, por medio del cual la entidad demandada (FNPSM) negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía parcial, y como consecuencia de lo anterior, se ordenará que, a título de restablecimiento del derecho la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, proceda a reconocer un día de salario por cada uno de los **156 días** de mora acreditados en el pago de las cesantías de la demandante.

#### **4.9. De la indexación**

La parte actora solicita que las sumas adeudadas sean indexadas conforme al IPC, a lo cual teniendo en cuenta el concepto del Ministerio Público ha de precisarse que por expresa disposición legal y jurisprudencial, ello implicaría una doble condena sobre una sola obligación, motivo por el cual en criterio de este Despacho, indexación e intereses moratorios no pueden ser concomitantes, al respecto el Consejo de Estado en sentencia de unificación<sup>18</sup>, señaló lo siguiente:

*“Finalmente, en la sentencia del 17 de noviembre de 2016<sup>19</sup>, la Subsección A nuevamente reafirmó que son improcedentes los ajustes a valor presente de la sanción moratoria, « [...] debido a que la indemnización moratoria en una*

<sup>17</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Decisión No. 2. Providencia del 27 de noviembre de 2019. Proceso No. 15001333300120170012501. M.P.: LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA.

<sup>18</sup> Consejo de Estado. 18 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

<sup>19</sup> Radicación 1520-14.

*sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria».*

*(....)*

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

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

*(...)*

**De acuerdo con lo anterior, las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.** (Subraya y negrilla fuera del texto)

En virtud de lo anterior, la condena judicial no puede ordenar la indexación de las sumas liquidadas que resultan a favor de la demandante, desde la fecha en que se fueron causando a la fecha de su pago efectivo, por cuanto ambas operan en caso de mora en el pago de un derecho, por lo que no puede condenarse simultáneamente al reconocimiento de la indexación y la sanción por mora.

Aclarando lo anterior, si bien, no hay lugar a ordenar la indexación de las sumas resultantes producto de la sanción moratoria, desde el momento de su causación hasta el pago efectivo de las cesantías; es procedente reconocer intereses moratorios de las sumas ordenadas, por lo que se condenará a la administración a pagar los intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en el artículo 192 del CPACA.

#### **4.10. Prescripción.**

Establecido el derecho que le asiste al demandante, se torna procedente abordar el estudio de la excepción de prescripción, frente a lo cual ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

Los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968<sup>20</sup> y 102 del Decreto 1848 de 1969<sup>21</sup>, establecen que los derechos laborales prescriben tres años después

<sup>20</sup>Decreto 3135 de 1968, artículo 41 "Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero sólo por un lapso igual".

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.

Significa lo anterior, que en principio, los beneficiarios de un derecho tienen la posibilidad de interrumpir el término prescriptivo en sede administrativa por una sola vez. Posteriormente, el plazo empieza a contarse nuevamente y los interesados tan sólo cuentan con la alternativa de acudir ante la jurisdicción para lograr la interrupción definitiva; de lo contrario, es decir, de no incoar la acción respectiva, los derechos continúan extinguiéndose con el paso del tiempo.

En este punto vale la pena traer a colación un pronunciamiento efectuado por el Tribunal Administrativo de Boyacá<sup>22</sup> que en relación con la prescripción en reclamaciones de indemnización moratoria por pago tardío de las cesantías señaló:

***“De conformidad con lo anterior, el beneficiario de la prestación, cuenta con tres (3) años para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de sus cesantías, término que inicia su conteo, tal y como se expuso en líneas precedentes -a partir de su causación hasta la fecha en que le fueron efectivamente pagadas-, con la posibilidad que, si no se solicita su reconocimiento dentro del citado término perentorio, no sea posible la reclamación posterior.***

***En el caso de autos, la sanción moratoria empezó a causarse el 11 de agosto de 2011, fecha límite con que contaba la administración para el pago de las cesantías parciales que fueron canceladas el 27 de junio de 2012, la demanda se presentó el 17 de septiembre de 2012 (fl. 1), en consecuencia no habían transcurrido tres años entre la causación del derecho y la presentación de la demanda y por ende no hay lugar a declarar prescripción alguna”***

Pues bien, en el caso concreto y como quedo explicado en líneas anteriores se advierte que el derecho a la sanción moratoria se hizo exigible a partir del **27 de febrero de 2018**, primer día de mora en que incurrió la entidad.

De este modo, el término de los 3 años previsto para reclamar el pago respectivo sin que operara el fenómeno extintivo, vencía inicialmente el **27 de febrero de 2021**; no obstante, el demandante elevó la solicitud administrativa el 28 de agosto de 2018 (fl.10), por lo que no operó el fenómeno ya aludido.

---

<sup>21</sup>Decreto 1848 de 1969, artículo 102: “Prescripción de acciones: 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual” (negrilla fuera de texto)

<sup>22</sup>Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia del 15 de octubre de 2015. Radicado No. 15693333002 2012 00091 01. M.P. FÉLIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Por lo anterior, este Despacho declarará no probada la excepción de Prescripción.

El despacho considera oportuno precisar que, si bien en otras oportunidades ha tomado para efectos del cálculo de la sanción moratoria, el salario base de liquidación y no la asignación básica diaria devengada al momento del pago de la cesantía parcial<sup>23</sup>, este despacho cambia su posición respecto a este punto, indicando que para el cálculo se tomará la asignación básica mensual de la demandante al momento en que le fue pagada la cesantía, ello en acatamiento a los lineamientos de la sentencia de unificación jurisprudencial del 18 de julio del 2018<sup>24</sup>, así como los pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Boyacá en torno al acatamiento del precedente jurisprudencial que sobre este aspecto ha establecido el Consejo de Estado en la sentencia antes citada<sup>25</sup>.

Conforme a lo expuesto, estableciéndose que la asignación básica mensual de la señora TEMILDA SIERRA SUÁREZ para el año 2018 es de \$3'641.927<sup>26</sup>, la condena se liquidará de la siguiente forma:

LIQUIDACIÓN SANCIÓN MORATORIA	
SALARIO BASE LIQUIDACIÓN 2015	\$3.641.927
SALARIO BASE SANCIÓN DIARIO	\$121.398
FECHA INICIAL LIQUIDACIÓN	27/02/2018
FECHA FINAL LIQUIDACIÓN	02/08/2018
DÍAS A LIQUIDAR	156
<b>VALOR LIQUIDACIÓN SANCIÓN</b>	<b>\$18.938.020</b>

#### 4.11. Costas

De conformidad con lo establecido en providencia proferida por el Consejo de Estado<sup>27</sup> en la que se señala:

<sup>23</sup> Para tomar un ejemplo se tiene la sentencia del 12 de febrero de 2019, proferida por este despacho dentro del Proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho No. 15001 3333 001 2017 00125 00.

<sup>24</sup> En la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, ya antes citada, sobre el salario que se debe tener en cuenta para calcular la sanción moratoria se señaló lo siguiente:

*"(...) 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. (...)"*

<sup>25</sup> Por ejemplo, Tribunal Administrativo de Boyacá, sentencia del 27 de noviembre de 2019 Op. cit., en la que se señaló lo siguiente:

*"(...) En consecuencia, toda vez que los pronunciamientos de unificación son de obligatorio acatamiento, y que en igualdad de condiciones esta corporación ha venido fallando tales controversias, modificará la decisión del a quo quien indicó que debe tenerse en cuenta el concepto de salario, el cual incluye tanto la asignación básica como el valor del trabajo suplementario y el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio y en general todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, para en su lugar, tener en cuenta la asignación básica diaria como base de liquidación de la sanción reconocida. (...)"*

<sup>26</sup> Según certificado de salarios obrante a folios 108 y 109.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, providencia de 20 de agosto de 2015, Medio de Control No 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. DRA. Sandra Lisseth Ibarra Vélez.

... “La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de conceder costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquél que resulte vencido en el litigio, **pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el Juez ponderará tales circunstancias y se pronunciará sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...**”

El Despacho se abstendrá de condenar el costas y agencias en derecho, en la medida en que no se avizora conducta temeraria o malintencionada de parte de los involucrados en la contienda, sumado a que de conformidad con lo previsto en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, no aparece prueba en el expediente sobre la causación de gastos y costas en el curso del proceso.

## V. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juez Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

### FALLA.

**PRIMERO:- DECLARAR** no probada de oficio la excepción de prescripción, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:- DECLARAR** que en el presente asunto ha operado el silencio administrativo negativo frente a petición presentada por la señora TEMILDA SIERRA SUÁREZ el día 28 de agosto de 2018 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:- DECLARAR** la nulidad del acto ficto resultante del silencio administrativo negativo, surgido de la reclamación efectuada por la demandante el 28 de agosto de 2018 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual se negó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía parcial, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

**CUARTO:-** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condena a la NACIÓN- MINISTERIO DE

EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reconocer y pagar a la señora TEMILDA SIERRA SUÁREZ identificada con la C.C. No.23690146, a *título de sanción moratoria, un día de salario por cada día de mora en el pago de la cesantía definitiva, por el periodo comprendido desde el **27 de febrero hasta el 02 de agosto de 2018**, en cuantía de DIECIOCHO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y OCHO MIL VEINTE PESOS (\$18.938.020)*, de acuerdo a la liquidación que se encuentra en la parte considerativa de esta sentencia.

**QUINTO:** La cantidad líquida que se reconozca como consecuencia de la condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia como lo prevé en inciso 3º del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

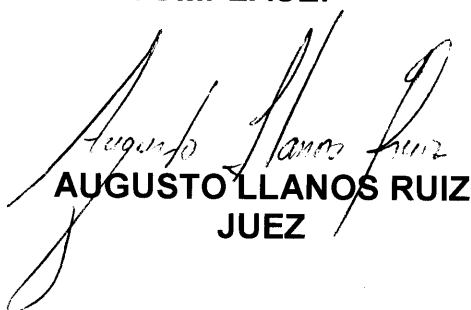
**SEXTO:** La NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL– FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dará cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

**SÉPTIMO:** Negar las demás pretensiones de la demanda

**OCTAVO:** Sin condena en costas.

**NOVENO:** Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor. Expídase copia auténtica a la parte demandante con la constancia de ser primera copia y prestar mérito ejecutivo conforme a lo establecido en el artículo 114 del C.G. del P., aplicable por remisión expresa del art. 306 del C.P.A.C.A., previa cancelación del respectivo arancel judicial<sup>28</sup>. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**AUGUSTO LLANOS RUIZ**  
JUEZ

<sup>28</sup> Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura: "Acuerdo No PSAA16-10458 de febrero 12 de 2016. "Por el cual se actualizan los valores del Arancel Judicial en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo..."