

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

EXPEDIENTE N°.: 1100133424620160009100
DEMANDANTE: ANA ODILIA VELASQUEZ HERNÁNDEZ
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – y OTRA.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

La señora ANA ODILIA VELÁSQUEZ HERNÁNDEZ, identificada con C.C. N°. 20.774.241 expedida en Nocaima (Cundinamarca), a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG –, y la FIDUCIARIA LA PREVISORA -FIDUPREVISORA, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

“DECLARACIONES

1. Se declare la nulidad del Oficio N°: S-2015-108134 de fecha 10 de Agosto de 2015 expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante el cual da respuesta al derecho de petición radicado el día 31 de junio de 2015 en donde se solicita el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 5° de la ley de 1071 de 2006 por no haber cancelado a tiempo en el valor reconocido por cesantías en la resolución N°. 8575 del 16 de diciembre de 2014.

2. Se declare la nulidad del Oficio N°. 20150170781551 de fecha 8 de Septiembre de 2015 proferido por la Fiduprevisora S.A., mediante el cual da respuesta de fondo a la solicitud remitida por parte de la secretaria de Educación de Bogotá.

CONDENAS

1. Se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación de Bogotá y a la Fiduciaria “La Fiduprevisora” S.A. a reconocer, liquidar y pagar a favor de mi poderdante, la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 por no haber cancelado a tiempo el valor reconocido por cesantías en la Resolución N°. 8575 del 16 de Diciembre de 2014.

2. Condenar a la entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar la indexación de la suma solicitada en el numeral anterior, desde la fecha de pago de las cesantías y hasta la fecha de pago efectivo de la sanción moratoria.

3. Condenar a la demandada a reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, conforme a lo establecido en el Artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4. Condenar a la entidad demandada a que dé estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el artículo 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5. Condenar en costas a la demandada tal y como lo dispone el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”.

1.1.2 Fundamento fáctico

Como sustento de las pretensiones el accionante narra los siguientes hechos:

“1. Mi poderdante mediante solicitud radicada el día 1 de Octubre de 2014 bajo el número de radicación 2014-CES-036948 solicitó el reconocimiento y pago de una cesantía parcial.

6. (sic) La Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Resolución N°. 8575 del 16 de Diciembre de 2014, reconoce y ordena el pago de la prestación solicitada.

2. El anterior acto administrativo fue debidamente notificado el día 20 de febrero de 2015 por lo que ya se encuentra ejecutoriado, generando una obligación clara, expresa y exigible.

3. El día 17 de junio de 2015 se procedió al pago del capital reconocido como cesantías parciales por el valor de \$19.998.669 m/c.

4. El día 31 de julio de 2015 se solicitó ante la Secretaría de Educación de Bogotá el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria por no haber cancelado a tiempo el valor reconocido como cesantías definitivas.

(...)

8. En consecuencia, a partir del 1º de enero de 2015 hasta el 17 de junio de 2015, se generó la sanción moratoria de que trata la Ley N°. 1071 de 2006, que debe cancelarse a mi mandante a razón de un día de salario por cada día de mora.”.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: artículos 25 y 53 de la constitución Política de Colombia.

De orden legal: Ley 244 artículo 1 y 2 parágrafo, subrogados por los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse, como quiera que la entidad demandada al pagar de manera inoportuna las cesantías contravino del derecho al trabajo y demás normas legales aducidas como violadas. Advierte que a la luz de los principios y preceptos superiores, el pago tardío de las cesantías no genere

sanción moratoria alguna; y a la vez, injustificable que el trabajador deba soportar los perjuicios ocasionados por la mora, así como la pérdida de poder adquisitivo de la moneda.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹ y la Fiduciaria la Previsora S.A.² contestaron la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones allí contenidas, en consideración a los fundamentos que se sintetizan a continuación:

- El reconocimiento del auxilio de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se debe efectuar de acuerdo al trámite especial regulado por la Ley 91 de 1989 y su Decreto Reglamentario (2831 de 2005), por ello, se excluye a los docentes de la aplicación de normas generales sobre el asunto objeto de debate, entre otras, la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006.
- No se puede hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se encuentra regulado en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no pago oportuno del auxilio de cesantías.

1.2.2 Audiencia Inicial

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, y decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate, y al no existir medios probatorios por practicar, decidió prescindir de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en consecuencia, adelantó la audiencia de alegaciones y Juzgamiento del artículo 182 ibídem.

¹ Folios 114-121.

² Folios 127-134.

1.2.3 Alegatos

Se presentaron en forma escrita, así:

Las partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

Ministerio Público: En memorial visible a folios 171-178, la Procuradora 79 Judicial I Administrativa, actuando en su calidad de Ministerio Público, rindió concepto, en el cual solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que según sentencia SU 336 de 18 de mayo de 2017, emanada de la Corte Constitucional, la sanción moratoria contenida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, le son aplicables a los docentes, a pesar que aquellos tengan un régimen especial, por ser un régimen más beneficioso.

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

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer *“Si le asiste derecho o no a la demandante a que la entidad demandada le reconozca y pague la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.”*.

2.2 Hechos probados

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

1. La señora Ana Odilia Velásquez Hernández, presta sus servicios a la Secretaría de Educación de Bogotá, desempeñándose como docente.
2. La demandante mediante petición radicada bajo el N°. 2014-CES-036948 de 01 de octubre de 2014, solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías (considerando 2º resolución N°. 8575 de 16 de diciembre de 2014).

3. Mediante la resolución N°. 8575 de 16 de diciembre de 2014, la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una cesantía en favor de la señora Ana Odilia Velásquez Hernández (folios 7-8).
4. El día 17 de junio de 2015, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le pagó a la accionante las cesantías (folio 162).
5. A través derecho de petición elevado ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG -, el día 31 de julio de 2015, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías reconocidas mediante la resolución N°. **8575 de 16 de diciembre de 2014** (folios 2-4).

2.3 Marco Normativo.

2.3.1 Sanción Moratoria.

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

Se debe por tanto señalar, que las cesantías son prestaciones sociales de carácter económico, de orden público, irrenunciables que hacen parte de la seguridad social de los trabajadores y tienen como objetivo la entrega de medios económicos que garanticen la congrua subsistencia del núcleo familiar, durante la época en el que el trabajador se encuentre cesante. En tratándose del sector público existen tres regímenes de liquidación de cesantías, a saber: a) El de liquidación retroactiva³; b) El de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro⁴, y c) El de los pertenecientes a fondos privados de cesantías⁵.

De otro lado, se tiene que la sanción moratoria es una indemnización a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir

³ Contenido en la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

⁴ Establecido en el Decreto 3118 de 1968.

⁵ Contemplado en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 de 1998

los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva o parcial del auxilio de cesantía.

La Ley 50 de 1990⁶, respecto de la forma de liquidar las cesantías, las fechas establecidas para su consignación y la sanción moratoria derivada del pago tardío, en su artículo 99, señala:

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

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

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

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

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

Por su parte a Ley 244 de 1995⁷, estableció la normatividad que debe aplicarse para que las entidades públicas efectuarán el pago de las cesantías en tiempo a los servidores públicos, sin embargo, esta normatividad fue modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006⁸ en los siguientes términos:

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

ARTÍCULO 2o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del

⁶ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

⁷ “Se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”

⁸ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías”

Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

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

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

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

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

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

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

De conformidad con el texto de las disposiciones normativas antes transcritas, es claro que la Ley 244 de 1995, diferencia claramente dos situaciones para efectos

de contabilizar los términos a los cuales deben sujetarse las entidades públicas encargadas del reconocimiento del auxilio de cesantías. La primera de ellas se encuentra referida a la expedición del acto administrativo que decide sobre el derecho del servidor al reconocimiento del auxilio monetario aludido y a su liquidación, frente a la cual la ley estipula un término de 15 o 10 días hábiles, según que se presente la documentación completa o no, y la segunda, relativa al pago efectivo por dicho concepto en un plazo perentorio de 45 días hábiles.

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

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

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

Ahora bien, el Consejo de Estado⁹, **en providencia de 24 de abril de 2008**, frente al reconocimiento y pago de la mora en las cesantías, señaló:

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

(...)

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

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 24 de abril de 2008, Rad. N°. 52001-23-31-000-2002-00036-01 (7008-05), Actor: José Antonio Torres Cerón, Demandado: municipio de Albán – Nariño.

definitivas, cinco (5) días hábiles de su ejecutoria, y cuarenta y cinco (45) días hábiles para efectuar el pago de la prestación social.

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

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

En materia de reconocimiento de la sanción moratoria el Consejo de Estado¹⁰ se ha pronunciado de manera reiterada en el sentido de señalar que esa indemnización por mora fue establecida mediante la Ley 244 de 1995 como una “sanción” a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último ante el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía dentro de los términos previstos de manera expresa por la ley.

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

¹⁰Consejo de Estado, Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación núm. 66001-23-33-000-2013-00189-01. Número interno 1498-14. CP: Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Diva Liliana Diago del Castillo. Demandado: Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Consejo de Estado, Subsección A, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación núm. 66001-23-33-000-2013-00190-01. Número interno 1520-2014. CP: William Hernández Gómez. Actor: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz. Demandado: Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Consejo de Estado, Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación núm. 73001-23-31-000-2013-00192-01. Número interno 0271-14. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Actor: Yaneth Lucía Gutiérrez Gutiérrez. Demandado: Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Ibagué.

‘entregarle al trabajador una suma de dinero para satisfacer sus necesidades inmediatas al retiro y en proporción al tiempo servido’.

Ha explicado la Alta Corporación Contenciosa, que el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006, que modificó la Ley 244 de 1995, cobija a todos los empleados y trabajadores del Estado, como quedó consagrado en la exposición de motivos, al advertir que *“la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no sólo a nivel nacional sino territorial”.*

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

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

(...)

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

Corporación, se entienden incluidos los docentes del sector oficial en razón a sus funciones y características.

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

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

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

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

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

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

(v) El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.”¹¹

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

Analizado el marco jurídico aplicable corresponde al despacho entrar a pronunciarse respecto del caso en concreto atendiendo a los hechos demostrados en el proceso.

¹¹ Corte Constitucional Sentencia SU336/17.

2.4 Caso Concreto

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, observa el Despacho que la señora Ana Odilia Velásquez Hernández presentó la solicitud de reconocimiento y pago de sus cesantías parciales el **01 de octubre de 2014**, y que la entidad mediante resolución N°. 8575 de 16 de diciembre de 2014, expedida por la Secretaria de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, resolvió la petición de la demandante disponiendo reconocer y pagar el derecho pretendido por la accionante.

De lo antes expuesto, y atendiendo a los términos señalados en el acápite que precede, se tiene que al haberse presentado la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales el día **01 de octubre de 2014**, la entidad demandada debió reconocer expedir el acto administrativo de reconocimiento a más tardar el **23 de octubre de 2014**, y el pago se debió haber efectuado por parte de la entidad, teniendo en cuenta los 10 días hábiles¹² de ejecutoria del acto administrativo más los 45 días hábiles a partir de la fecha en que quedó en firme dicho acto, el día **15 de enero de 2015**.

En presente asunto la parte accionante acreditó que las cesantías definitivas ordenadas en la resolución N°. **8575 de 16 de diciembre de 2014**, se pagaron el día **17 de junio de 2015**.

Así las cosas, se colige que en el presente caso la entidad demanda incurrió en mora en el pago de las cesantías de la señora Ana Odilia Velásquez Hernández desde el **16 de enero de 2015** hasta el **16 de junio de 2015**, por ello, este Juzgado accederá a las pretensiones de la demanda declarando la nulidad del acto administrativo demandado, y como restablecimiento del derecho procederá a ordenar a la entidad demandada el reconocimiento y pago de un día del salario devengado por la demandante por cada día de retardo, conforme al parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Se debe precisar que si bien es cierto la sanción moratoria de cesantías constituye un reconocimiento con cargo a la administración como correctivo impuesto por la

¹² Se precisa que la normatividad vigente para el momento de la petición de reconocimiento de cesantía, era el Decreto 01 de 1984 (C.C.A.), el cual establecía un término de ejecutoria de cinco (5) días, por lo que sería del caso reconocer la sanción moratoria desde el día 65; sin embargo, de conformidad con lo pretendido en la demanda, y atendiendo que no es posible al Juez de lo Contencioso Administrativo fallar de manera Extra Petita, la moratoria se reconocerá, desde el día siguiente al día 70 (contado desde la fecha de presentación de la solicitud de reconocimiento).

demora en el pago de las mismas y que, en criterio de la Corte Constitucional¹³ “no solo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella” y que en tal sentido no puede reconocerse simultáneamente con la indexación o actualización, en este caso no ocurre este reconocimiento, lo que habrá de ordenarse es el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías por el periodo referido desde el desde el desde el **16 de enero de 2015** hasta el **16 de junio de 2015**, por cuanto solo durante ese periodo se causó la sanción.

Sin embargo, a partir del **16 de junio de 2015** y hasta que se haga efectiva la condena, la administración está en la obligación de indexar la suma que resulte deber por concepto de sanción moratoria pues, con el transcurrir del tiempo, el valor de dicha sanción ha sufrido una depreciación; diferente hubiera ocurrido si la administración hubiera reconocido y pagado la sanción en el mismo momento en que cesó la mora.

En este entendido, el despacho procederá a declarar la nulidad del oficio **N°20150170781551 del 08 de septiembre de 2015**, por medio del cual se le negó a la actora el pago de la sanción por mora contemplada en la Ley 1071 de 2006. Se precisa que si bien en la demanda se pretende la nulidad del Oficio N°. S-2015-108134, cierto es, que en dicho acto administrativo, a pesar que la Profesional Especializado de Talento Humano de la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá niega el reconocimiento de la sanción moratoria en favor del demandante, dicha entidad manifiesta su incompetencia para reconocer la mencionada prestación, y en virtud de ello, remite la solicitud a la Fiduciaria La Previsora, entidad que resolvió de fondo la petición de la accionante mediante el oficio **N°20150170781551 del 08 de septiembre de 2015**, siendo por tanto este el que deberá declararse nulo.

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

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la

¹³ Sentencia C-448 de 1996.

fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió realizarse el pago de la moratoria.

En relación con la pretensión "intereses moratorios" debe precisarse que será denegada toda vez que la presente sentencia dispone que los valores a reconocer ha de indexarse de conformidad con el ordenamiento contencioso administrativo. De proceder como lo petitiona la parte actora, equivaldría realizar un doble pago por la misma razón esto es intereses comerciales e indexación. Se precisa que los intereses moratorios que se puedan causar serán de conformidad con el artículo 195 del CPACA.

Prescripción

Respecto a la prescripción del derecho considera necesario el Despacho tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que al referirse a la prescripción prevé:

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

De conformidad con la normatividad anterior, la parte actora contaba con tres (3) años para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de su cesantía parcial. Ahora bien, comoquiera que la resolución N°. **8575**, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de la cesantía parcial fue expedida el **16 de diciembre de 2014**, y que el derecho de petición a través del cual el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria se radicó el **31 de julio de 2015**, se concluye que no operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

Costas.

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que "salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia

dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso”¹⁴.

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁵, en relación con la norma antes citada expuso que contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

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

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en 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 que 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 pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos “...*en que haya controversia...*” y “...*sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de*

¹⁴ Artículo 366 “Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. (...)

¹⁵ Expediente No. 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

su comprobación”.

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que, aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.¹⁶

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada.

SEGUNDO: DECLARAR la **NULIDAD** del Oficio N° **20150170781551** del **08 de septiembre de 2015**, proferido por el Director de Prestaciones Económicas de la Fiduciaria La Previsora S.A. -, por medio del cual se le negó el pago de la sanción moratoria a la señora **ANA ODILIA VELÁSQUEZ HERNÁNDEZ**, identificada con C.C. N°. 20.774.241 expedida en Nocaima (Cundinamarca), conforme lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que a través de la fiduciaria LA PREVISORA S.A., en calidad de administradora de los recursos del Fondo, reconozca y pague a la señora **ANA ODILIA VELÁSQUEZ HERNÁNDEZ**, identificada con C.C. N°. 20.774.241 expedida en Nocaima (Cundinamarca), a título de sanción moratoria por pago tardío de sus cesantías, un día de salario por cada día de retardo, desde el **16 de enero de 2015** hasta el **16 de junio de 2015**, tal y como lo dispone el parágrafo del artículo 2° de la Ley 244 de 1995, modificado por el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE.

¹⁶ Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: MARIA ELENA MENDOZA SOTELO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

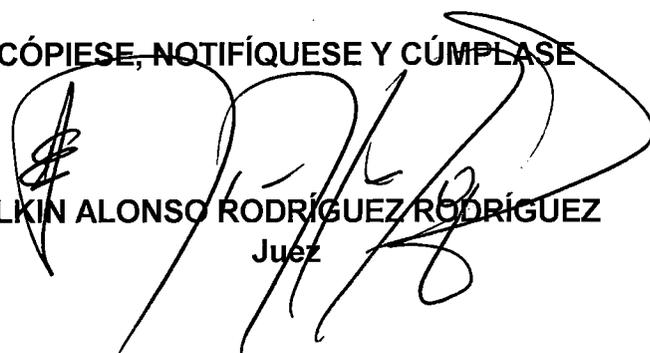
CUARTO: Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

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

SEXTO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y reconocer intereses conforme al artículo 195 ibídem.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez