REPUBLICA DE COLOMBIA

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

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil diecisiete (2017)

EXPEDIENTE N°.:	**11001334246201600121 00**
DEMANDANTE:	**ABRIL REYES GASGAY**
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

El señor Abril Reyes Gasgay, identificado con C.C. N°. 11.385.542 expedida en Bogotá D.C., 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:

"1. Declarar LA EXISTENCIA del acto ficto o presunto configurado el 20 DE ABRIL DE 2014, frente a la petición radicada el 20 DE ENERO DE 2014 con relación al reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de las cesantías, todas vez que la misma no fue contestada por parte de la entidad demandada Ministerio de Educación Nacional – Fonpremag.

2. Declarar la nulidad del acto ficto o presunto configurado el día 20 DE ABRIL DE 2014, frente a la petición presentada el día 20 DE ENERO DE 2014, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

3. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

CONDENAS.

1. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Que se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso tal como lo dispone el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A)

3. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor (IPC) desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

4. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- al reconocimiento y pago de intereses moratorio a partir del día siguiente de la

fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la SANCIÓN MORATORIA reconocida en esta sentencia.

5. Condenar en costas a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y Código General del Proceso".

1.1.2 Fundamento fáctico

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

1. El demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, le solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día 16 de febrero de 2012 el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

2. Por medio de la Resolución Nº. 4739 de 15 de agosto de 2012, expedida por el Director de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., le fue reconocida la cesantía solicitada.

3. La cesantía le fue cancelada el 14 de septiembre de 2012, por intermedio de entidad bancaria.

4. El demandante solicitó la cesantía el 16 de febrero de 2012, siendo plazo para cancelarlas el día 25 de mayo de 2012, pero se realizó el día 14 de septiembre de 2012, por lo que transcurrieron 108 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelar la cesantía hasta el momento en que el efectuó el pago.

5. El día 20 de enero de 2014, el accionante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía, siendo resuelta negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas.

1.1.3. Normas violadas.

De orden Legal: Ley 1071 de 2006 artículos 4 y 5, Ley 244 de 1995 artículos 1 y 2 y Ley 91 de 1989 artículos 5 y 15.

1.1.4 Concepto de violación.

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

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

Las entidades demandadas, en memoriales visibles a folios 45-53 y 59-66 del expediente, contestaron la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones allí contenidas, en consideración a los fundamentos que se sintetizan a continuación:

- Que 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.

- Que 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, y en consecuencia, adelantó la audiencia de alegaciones y Juzgamiento del artículo 182 ibídem.

1.2.3 Alegatos

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

Parte demandante: Ratificó todos y cada uno de los fundamentos facticos y de derecho expuestos en cada una de las demandas. Solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda en cada uno de los casos que se adelantan.

Parte demandada: Solicitó se tengan en cuenta las excepciones expuestas en la contestación de la demanda y no se indexe la moratoria de las cesantías.

Ministerio Público: Indicó que la entidad demandada en los alegatos de conclusión se está allanado a las pretensiones de la demanda, como quiera que manifestó que existió una mora en el pago de las cesantías. Exhortó a la entidad demandada a hacer uso de la conciliación atendiendo la postura de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Manifestó que no hay lugar a ningún argumento válido respecto de la aplicación de un régimen especial de cesantías, por tanto, en los presentes asuntos si aplican los términos establecidos en las leyes. Solicitó se accedan a las pretensiones de la demanda y no se acceda a la indexación, porque se entendería como un doble pago por el mismo rubro.

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 en el caso bajo estudio operó el fenómeno del silencio administrativo negativo respecto de la petición elevada por el señor Abril Reyes Gasgay, el día 20 de enero de 2014, ante el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales – FOMAG -.*

Dilucidado lo anterior, en el evento que se encuentre demostrada la configuración del silencio administrativo, se debe establecer si el señor Abril Reyes Gasgay tiene derecho a que las entidades demandadas le reconozcan y paguen 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

1. Que el señor Abril Reyes Gasgay se desempeña como docente del Distrito Capital de Bogotá.

2. Que el demandante mediante petición radicada bajo el N°. 2012-CES-003403 de 16 de febrero de 2012, solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías (considerando 3 Resolución N°. 4739 de 15 de agosto de 2012).

3. Que mediante la Resolución N°. 4739 de 15 de agosto de 2012, la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial en favor del señor Abril Reyes Gasgay (folios 6-8).

4. Que el día 14 de septiembre de 2012 el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le pagó al accionante las cesantías parciales (folio 9).

5. Que mediante derecho de petición elevado ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG -, el día 20 de enero de 2014, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías reconocidas mediante la Resolución N°. 4739 de 15 de agosto de 2012 (folios 3-5).

2.3 Marco Normativo.

2.3.1 Del silencio administrativo

Procede el Despacho a precisar si en el caso bajo estudio, operó el fenómeno del silencio Administrativo respecto de la solicitud elevada por el señor Abril Reyes

Gasgay, el día 20 de enero de 2014, ante el Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –.

Sea lo primero, aclarar que el silencio administrativo conlleva en sí mismo una manifestación negativa o positiva de voluntad de la administración, generada por la omisión de dar respuesta a las peticiones, por tanto, se trata de un verdadero acto administrativo al que se le ha denominado "acto ficto o presunto".

El artículo 83 del CPACA, respecto del silencio administrativo negativo dispone:

> *"**ARTÍCULO 83. SILENCIO NEGATIVO.** Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.*
>
> *En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.*
>
> *La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.".*

Conforme a la precitada norma, se tiene que en el caso bajo estudio está demostrado que la parte actora radicó derecho de petición el día 20 de enero de 2014 (folios 3-5), ante la Fondo Nacional Prestaciones del Magisterio, en el cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías reconocidas al señor Abril Reyes Gasgay, mediante resolución N°. 4739 de 15 de agosto de 2012 (folios 6-8); por tanto, y como quiera que no obra en el expediente respuesta dada oportunamente por dicha entidad al demandante, se considera que si se configuró en su caso, el silencio administrativo.

Aclarado lo anterior procede, el Despacho a establecer si el acto ficto negativo proferido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, está incurso en causal de nulidad que amerite su declaratoria, y en tal sentido, ordenar las condenas solicitadas como restablecimiento del derecho.

Así, el despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.3.2 Marco normativo - Sanción Moratoria.

Se tiene que en el presente asunto lo pretendido por la parte actora, es el reconocimiento y pago de la sanción por mora derivada del pago tardío de las cesantías parciales, 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 retroactiva[1]; b) El de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro[2], y c) El de los pertenecientes a fondos privados de cesantías[3].

De otro lado, se tiene que la sanción moratoria es una indemnización a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva o parcial del auxilio de cesantía.

La Ley 50 de 1990[4], 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

[1] Contenido en la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.
[2] Establecido en el Decreto 3118 de 1968.
[3] Contemplado en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 de 1998
[4] "*Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones*".

del Despacho).

De lo anterior, se infiere que la Ley 50 de 1990 permitió que las cesantías fueran administradas por los fondos y 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 1995[5], 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 2006[6] en los siguientes términos:

> *ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.*
>
> *ARTÍCULO 2o.* ***ÁMBITO DE APLICACIÓN****. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.*
>
> *ARTÍCULO 3o. RETIRO PARCIAL DE CESANTÍAS. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2o de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:*
>
> *1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.*
>
> *2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.*
>
> *ARTÍCULO 4o.* ***TÉRMINOS****. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*
>
> *PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes. Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.*

---

[5] *"Se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones"*
[6] "Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías"

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 Estado[7], **en providencia de 24 de abril de 2008**, frente al reconocimiento y pago de la mora en las cesantías, señaló:

> *"El momento a partir del cual* ***se cuenta el plazo legal*** *referido en las normas transcritas* ***es el de la fecha de solicitud de reconocimiento por parte del interesado,*** *tal como lo ha establecido esta Corporación en reiteradas oportunidades:*
>
> (...)
> *Así, el término con el que cuenta la administración para efectuar el pago efectivo del auxilio de cesantía* ***es de sesenta y cinco (65) días hábiles siguientes al día de la presentación de la solicitud de su reconocimiento.*** *Este término comprende quince (15) días hábiles para expedir la Resolución de liquidación de las cesantías definitivas, cinco (5) días hábiles de su ejecutoria, y cuarenta y cinco (45) días hábiles para efectuar el pago de la prestación social.*
>
> *No se compadece con el sentido de la normatividad mencionada que la indemnización por la falta de pago oportuno de cesantías* ***se genere sólo ante el incumplimiento del término de 45 días contados a partir del momento en que se encuentre en firme el acto administrativo que las reconozca,*** *porque se dejaría desamparado al ex servidor en el evento en que la administración tarde más de los 15 días para expedirlo.*
>
> *Tal como se mencionó anteriormente,* ***el término de los 65 días hábiles con el que cuenta la administración para efectuar el pago efectivo de las cesantías, se contabiliza a partir de la fecha en que se realiza la solicitud por parte del interesado,*** *si esta reúne los requisitos necesarios para su reconocimiento".* (Negrillas fuera del texto original).

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.

2.4 Caso Concreto

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, observa el Despacho que el señor Abril Reyes Gasgay presentó la solicitud de reconocimiento y pago de sus cesantías parciales el **16 de febrero de 2012**, y que la entidad mediante Resolución N°. **4739 de 15 de agosto de 2012**, expedida por la Secretaria de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, resolvió la petición del demandante allí dispuso reconocer y pagar el derecho pretendido por el accionante.

---

[7] 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.

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 **16 de febrero de 2012**, la entidad demandada debió reconocer expedir el acto administrativo de reconocimiento a más tardar el **08 de marzo de 2012,** y el pago se debió haber efectuado por parte de la entidad, teniendo en cuenta los 10 días hábiles[8] de ejecutoria del acto administrativo más los 45 días hábiles a partir de la fecha en que quedó en firme dicho acto, el día **31 de mayo de 2012**.

En presente asunto la parte accionante acreditó que las cesantías parciales ordenadas en la Resolución N°. **4739 de 15 de agosto de 2012**, se pagaron el día **14 de septiembre de 2012**.

Así las cosas, se colige que en el presente caso la entidad demanda incurrió en mora en el pago de las cesantías del señor Abril Reyes Gasgay desde el **01 de junio de 2012** hasta el **13 de septiembre del mismo año**, 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 el 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 demora en el pago de las mismas y que, en criterio de la Corte Constitucional[9] "*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 **01 de junio de 2012** hasta el **13 de septiembre del mismo año**, por cuanto solo durante ese periodo se causó la sanción.

Sin embargo, a partir del **14 de septiembre de 2012** y hasta que se haga efectiva

---

[8] 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).

[9] Sentencia C-448 de 1996.

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 acto administrativo ficto acusado, por medio del cual se le negó a la actora el pago de la sanción por mora contemplada en la Ley 1071 de 2006.

La entidad demandada, pagará a la demandante la diferencia entre la nueva liquidación y las sumas ajustadas 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 fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió realizarse el pago de la moratoria.

En relación a 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 peticiona 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.

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"[10].

[10] 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 obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado[11], 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 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

---

(...)
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. (...)

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

la parte demandada esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.[12]

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 que en el presente caso operó el silencio administrativo negativo frente al derecho de petición presentado el día 20 de enero de 2014, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –, por el señor ABRIL REYES GASGAY, identificado con C.C. N°. 11.385.542 expedida en Bogotá D.C., solicitando el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales, conforme lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: DECLARAR la **NULIDAD** del Acto Administrativo Ficto o Presunto negativo, producto del derecho de petición presentado el día 20 de enero de 2014, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -, por el señor ABRIL REYES GASGAY, identificado con C.C. N°. 11.385.542 expedida en Bogotá D.C., conforme lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: 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 al señor ABRIL REYES GASGAY, identificado con C.C. N°. 11.385.542 expedida en Bogotá D.C., a título de sanción moratoria por pago tardío de sus cesantías, un día de salario por cada día de retardo, desde el **01 de junio de 2012** hasta el **14 de septiembre del mismo año**, 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

[12] 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

expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE.

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

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

SÉPTIMO: 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.

OCTAVO: 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