

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., siete (07) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

**EXPEDIENTE N°:** 11001334204620160063100  
**DEMANDANTE:** OLGA PATRICIA PRIETO JIMÉNEZ  
**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 Olga Patricia Prieto Jiménez, identificado con C.C. N°. 51.739.571 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:

*“PRIMERO: Se declare la existencia del silencio administrativo negativo del Acto ficto o presunto, producto de derecho de petición incoado el 26 de julio de 2016 ante el Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio bajo el radicado N°. E-2016-129847 por parte de la docente OLGA PATRICIA PRIETO JIMÉNEZ, en relación con las solicitudes de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas.*

*SEGUNDO: Declarar la nulidad del Acto Administrativo ficto o presunto negativo N°. S-2016-125231 del 22 de agosto de 2016, expedido por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por el cual se entiende negada la petición radicada el 26 de julio de 2016 por la docente OLGA PATRICIA PRIETO JIMÉNEZ de reconocimiento y pago de la sanción moratoria.*

*TERCERO: Ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que a título de Restablecimiento del Derecho reconozca y pague la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las Cesantías a favor de mi representada, desde el 30 de septiembre de 2015 (fecha que debería habersele pagado) y hasta el 26 de mayo de 2016 (fecha de pago de dicha prestación) para un total de 236 días de mora, a razón de un (1) día de salario por cada día de retardo, tomando como base el salario acreditado en la resolución N°. 4873 del 08 de septiembre de 2015; de conformidad con la Ley 244 de 1995, 1071 de 2006, y demás normas concordantes y complementarias.*

*CUARTO: Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, de conformidad al inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A.*

*QUINTO: Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, de conformidad al inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A.*

*SEXTO: Ordenar a las entidades demandadas a que den cumplimiento a lo dispuesto en el fallo, dentro del término perentorio señalado en el C.P.A.C.A.*

*SÉPTIMO: Condenar en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.”.*

### 1.1.2 Fundamento fáctico

Como sustento de las pretensiones, la accionante narra los siguientes hechos:

*“1. Mediante Petición radicada bajo el N°. 2015-CES-021089 de 17/06/2015, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá D.C., la señora OLGA PATRICIA PRIETO JIMÉNEZ solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.*

*2. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá D.C., mediante Resolución N°. 4873 del 8 de septiembre de 2015, reconoció el pago de dichas cesantías, por un valor de TREINTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y UN MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M/CTE (\$32.531.833.00)*

*3. El Acto Administrativo fue notificado el 15 de septiembre de 2015.*

*4. Los setenta (70) días para el reconocimiento y pago de la cesantía, vencieron el 29 de septiembre de 2015, sin que para la fecha se le hubiere pagado dicha prestación económica.*

*5. El pago debería haberse realizado, a más tardar, el 30 de septiembre de 2015.*

*6. El pago se realizó de manera tardía, por medio del Banco BBVA, el día 26 de mayo de 2016.*

*7. El 26 de julio de 2016, se solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ante Bogotá D.C., el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria.*

*8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ante Bogotá D.C., con oficio N°. S-2016-125321 de 22 de agosto de 2016, dio respuesta al derecho de petición, remitiéndolo a la FIDUPREVISORA con oficio N°. S-2016-125224 de 22 de agosto de 2016, para que esta entidad diera respuesta de fondo, configurándose un Acto administrativo.*

*(...)”*

### **1.1.3. Normas violadas.**

**De orden Constitucional:** Artículos 1, 2, 4, 5, 13, 23, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Nacional.

**De orden legal y reglamentario:** Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, artículos 3, 4 y 9 de la Ley 91 de 1989, artículo 180 de la ley 115 de 1994 y artículo 56 de la Ley 962 de 2005.

### **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**

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG – y a Fiduciaria La Previsora – Fiduprevisora - no contestaron la demanda.

### **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.

### **1.2.3 Alegatos**

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

**Parte demandante:** Ratificó todos y cada uno de los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la demanda

La **Parte demandada** y el **Ministerio Público** guardaron silencio en esta etapa procesal.

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 al 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 Olga Patricia Prieto Jiménez, presta sus servicios a la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá D.C., desempeñándose como docente.
2. La demandante mediante petición radicada bajo el N°. 2015-CES-021089 de 17 de junio de 2015, solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías (considerando 2º resolución N°. 4873 de 08 de septiembre 2015).
3. Mediante la resolución N°. 4873 de 08 de septiembre 2015, 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 de la señora Olga Patricia Prieto Jiménez (folios 12-14).
4. El día 11 de mayo de 2016, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le pagó a la accionante las cesantías (folio 8).
5. A través derecho de petición elevado ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG -, el día **26 de julio de 2016**, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías reconocidas mediante la resolución N°. 4873 de 08 de septiembre 2015 (folios 3-4).
6. Mediante Oficio N°. S-2016-125231, la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá remitió, por competencia, el derecho de petición presentado por la demandante a la Fiduciaria La Previsora S.A. (folios 3).

## 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 la señora Olga Prieto Jiménez ante el Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –, el día 26 de julio de 2016.

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, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, derecho de petición el día **26 de julio de 2016** (folios 5-9), en el cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías reconocidas mediante resolución N°. 4873 de 08 de septiembre 2015 a la señora Olga Patricia Prieto Jiménez; por tanto, y como quiera que no obra en el expediente respuesta dada oportunamente por dicha entidad a la petición elevada por la demandante, se considera que en el presente asunto se configuró 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, 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<sup>1</sup>; b) El de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro<sup>2</sup>, y c) El de los pertenecientes a fondos privados de cesantías<sup>3</sup>.

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<sup>4</sup>, 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:*

*1°. 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*

<sup>1</sup> Contenido en la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

<sup>2</sup> Establecido en el Decreto 3118 de 1968.

<sup>3</sup> Contemplado en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 de 1998

<sup>4</sup> "Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones".

*efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*

*2°. 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.*

*3°. 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 1995<sup>5</sup>, 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<sup>6</sup> 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*

<sup>5</sup> "Se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones"

<sup>6</sup> "Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías"

*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 Estado<sup>7</sup>, 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”.*  
(Negrita fuera del texto original).

En materia de reconocimiento de la sanción moratoria el Consejo de Estado<sup>8</sup> se ha pronunciado de manera reiterada en el sentido de señalar que esa indemnización

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Consejo 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.

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 o parcial 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 3° 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 '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 intensión 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 adecuía 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.”<sup>9</sup>*

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.

#### **2.4 Caso Concreto**

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, observa el Despacho que la señora Olga Patricia Prieto Jiménez presentó la solicitud de reconocimiento y pago de sus cesantías parciales el 17 de junio de 2015, y que la entidad mediante resolución N°. **4873 de 08 de septiembre 2015**, expedida por la Secretaria de Educación de Bogotá – 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 **17 de junio de 2015**, la entidad demandada debió reconocer expedir el acto administrativo de reconocimiento a más tardar el **09 de julio de 2015**, y el pago se debió haber efectuado por parte de la entidad, teniendo en cuenta los 10 días hábiles de ejecutoria de aquel, más los 45 días hábiles a partir de la fecha en que quedó en firme dicho acto, el día **28 de septiembre de 2015**.

En presente asunto se acreditó que las cesantías parciales ordenadas en la resolución N°. **4873 de 08 de septiembre 2015**, se pagaron el día **11 de mayo de 2016**. Se precisa, que la parte demandante aduce que el pago se realizó el 26 de mayo de 2016; no obstante, según lo indicado en el comprobante bancario allegado con la demanda, la entidad demandada, el día 11 de mayo de 2016, puso a

---

<sup>9</sup> Corte Constitucional Sentencia SU336/17.

disposición de la parte actora el valor reconocido en el referido acto administrativo, razón por la cual, será esta la fecha para efectos del pago.

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 Olga Patricia Prieto Jiménez desde el **29 de septiembre de 2015** hasta el **10 de mayo de 2016**, 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 párrafo 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<sup>10</sup> “*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 **29 de septiembre de 2015** hasta el **10 de mayo de 2016**, por cuanto solo durante ese periodo se causó la sanción.

Sin embargo, a partir del **11 de mayo de 2016** 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 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 al demandante la diferencia entre la nueva liquidación y la suma ajustada teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

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

---

<sup>10</sup> Sentencia C-448 de 1996.

## 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 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 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.

### **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 las cesantías reconocidas en la resolución N°. **4873 de 08 de septiembre 2015**, fueron pagadas solo hasta el **11 de mayo de 2016**, y que el derecho de petición a través del cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria se radicó el **26 de julio de 2016**, se concluye que no operó el fenómeno jurídico de la prescripción. Se precisa que solo a partir de la fecha de pago puede contarse la prescripción de la sanción moratoria, pues desde allí, es que procede su reconocimiento.

## 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”<sup>11</sup>.

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>12</sup>, 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.

---

<sup>11</sup> 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. (...)

<sup>12</sup> Expediente No. 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

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 la parte demandada esbozó argumentos que, aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.<sup>13</sup>

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 **26 de julio de 2016**, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –, por la señora Olga Patricia Prieto Jiménez, identificado con C.C. N°. 51.739.571 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 **26 de julio de 2016**, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -, por la señora OLGA PATRICIA PRIETO JIMÉNEZ, identificada con C.C. N°. 51.739.571 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

<sup>13</sup> 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 SOTELLO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

los recursos del Fondo, reconozca y pague a la señora Olga Patricia Prieto Jiménez, identificada con C.C. N°. 51.739.571 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 **29 de septiembre de 2015** hasta el **10 de mayo de 2016**, 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.

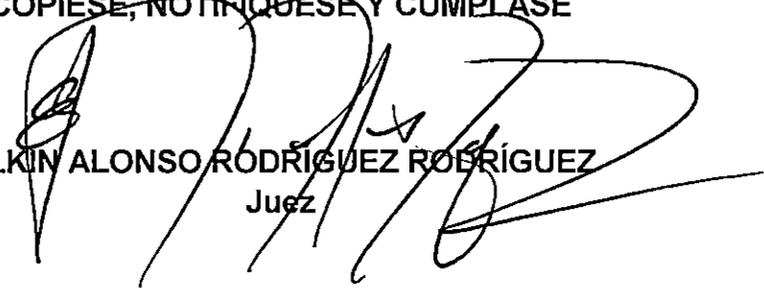
**QUINTO:** Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

**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, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**  
Juez