REPUBLICA DE COLOMBIA

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

Bogotá D.C., doce (12) de julio de dos mil dieciocho (2018)

EXPEDIENTE N°.:	**11001-33-42-046-2017-00054-00**
DEMANDANTE:	**MYRIAM GONZÁLEZ BELTRÁN**
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 MYRIAM GONZÁLEZ BELTRÁN, identificada con C.C. N°. 41.702.023 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:

"1.1. Se declare la Nulidad del Acto Ficto o Presunto Resultante del Silencio Administrativo Negativo conforme a la (s) petición (es) presentada/enviada el 20 DE MAYO DE 2016, RADICADO N°. E-2016-93129 ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE (L) BOGOTÁ – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

1.2. Se declare que el (la) señor (a) GONZÁLEZ BELTRÁN MYRIAM tiene derecho a que la NACIÓN (Ministerio de Educación Nacional) le reconozca (n) y pague (n) a través del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la indemnización moratoria por el no pago oportuno de la CESANTÍA a favor de mi representado (a), desde el día hábil (66) contado a partir de la presentación de solicitud de reconocimiento y pago de la Cesantía – 03 DE FEBRERO DE 2016 y hasta el 06 DE MAYO DE 2016 (fecha de pago de dicha prestación), a razón de un (1) día de salario por cada día de retardo para un total de 95 días de indemnización, tomando como base el salario final acreditado, de conformidad con la Ley 91 de 1989, Ley 1071 de 2006 y demás normas concordantes, según la (s) la (s) solicitud (es) elevada (s) el 16 DE FEBRERO DE 2016, RADICADO N° E-2016-31838.

2. Condenar a la NACIÓN (Ministerio de Educación Nacional) FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a pagar el valor de las sumas adeudadas con los correspondientes reajuste de ley a favor de mi (s) representado (s/as), junto los intereses moratorios y/o corrientes, desde el momento en que se hizo exigible la obligación y hasta cuando se efectué el pago total de la misma, liquidados a la tasa de interés máxima legal establecida por la Superintendencia Financiera.

3. Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi (s) poderdante (s), se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, o al por mayor.

4. Ordenar a la entidad demandada a que dé cumplimiento al fallo conforme a lo dispuesto en el párrafo 2° del artículo 37 y numerales 1, 2, y 3, del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

5. Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen a los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 del 2011.

6. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 37 y numeral 4 del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

7. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.".

1.1.2 Fundamento fáctico

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

1. La demandante presta sus servicios en el sector oficial del Magisterio en el Distrito Capital de Bogotá, en la modalidad de docente.

2. El día 27 de octubre de 2015 – radicado N° 2015-CES-060455, solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento y pago de su cesantía de conformidad con los artículos 4º y 5º de la Ley 1071 del 31 de julio de 2006.

3. Por medio de la resolución Nº. 0397 de 03 de febrero de 2016, la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de la cesantía a la accionante, en cuantía neta de $ 22´035.926.

4. De la anterior resolución se notificó a la demandante el 15 de febrero de 2016.

5. A partir de la fecha de la petición – 27 de octubre de 2015 – radicado N° 2013-CES-060455, la NACIÓN (Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) – Fiduciaria la Previsora tenía un término de quince (15) días hábiles para resolver y cancelar efectivamente la prestación reconocida, es decir, sesenta y cinco (65) días hábiles, plazo que venció el 03 de febrero de 2016.

6. La cesantía le fue pagada a la demandante el día 06 de mayo de 2016, por intermedio de entidad bancaria.

7. El día 20 de mayo de 2016, la accionante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía.

8. La Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante oficio sin número del 15 de junio de 2016, radicado interno N° S-2016-92428, expedido por el Profesional Especializado del Fondo de Prestaciones del Magisterio de la Secretaría de Educación de Bogotá, consideró que al no ser la entidad competente para resolver la petición incoada, debía remitirla de conformidad al artículo 21 del C.P.A.C.A. a FIDUPREVISORA S.A.

9. A la fecha de presentar la demanda la entidad no ha comunicado a la demandante ninguna decisión de fondo que resuelva su solicitud de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 58, 67 y 122.

De orden legal y reglamentario: Ley 6ª de 1945, artículos 12 y 17; Ley 65 de 1946; Decreto 1160 de 1947, artículo 17; Decreto 1848 de 1969, artículo 89; Ley 4ª de 1976, artículo 1°; Decreto 1045 de 1978, artículos 5, 40 y 45; Decreto 2563 de 1990, artículos 7° y 9°; Ley 115 de 1994, artículo 15; Ley 244 de 1995, artículo 2° parágrafo; Ley 91 de 1989; Decreto 2371 del 2005, artículo 3° numeral 3°; Ley 1071 de 2006, artículo 5° parágrafo y demás normas subsidiarias.

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 los actos administrativos desconocieron que la mora superior a los 65 días hábiles para el reconocimiento y pago de las cesantías de la demandante, genera de manera automática una indemnización de carácter legal correspondiente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se verifique el pago.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La Nación – Ministerio de Educación, en memorial visible a folios 70 a 84 del expediente, contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones allí contenidas, por cuanto, la sanción por mora en el pago de las cesantías se causa tan solo con el incumplimiento de los 45 días que se tienen para pagar, mas no porque no se pague dentro de los 65 días siguientes a la radicación de la demandante. Advierte que no es lógico que el legislador pretendiera crear una figura indemnizatoria para los casos en los que la entidad se demorara más de 15 días en resolver la solicitud de reconocimiento de la prestación, ya que eses término no se

cumple en todos los casos, en la medida que los particulares pueden presentar recursos, etapa que de contera implica un término mayor.

La Fiduciaria la Previsora no contestó 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.

1.2.3. Audiencia de pruebas.

En la audiencia de pruebas, el despacho corrió traslado a las partes de las pruebas decretadas, practicadas y oportunamente allegadas al expediente, y decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento de que trata el artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en consecuencia, se dispuso la presentación de alegatos por escrito.

1.2.4 Alegatos

Fueron presentados en forma escrita así:

Parte demandante: En memorial visible a folios 118 a 126 del expediente, el apoderado de la parte demandante, de manera sucinta, reiteró los argumentos de derecho contenidos en la contestación de la demanda.

La **parte demandada** y el **Agente del Ministerio Público** guardaron silencio.

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 presente asunto operó el fenómeno del*

silencio administrativo negativo respecto de la petición elevada por la demandante ante el Fondo de Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG.

Dilucidado lo anterior, el Despacho entrará a 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 Myriam González Beltrán, presta sus servicios a la Secretaría de Educación de Bogotá, desempeñándose como docente.

2. La demandante, mediante petición radicada bajo el N°. 2015-CES-060455 de 27 de octubre de 2015, solicitó el reconocimiento y pago del auxilio parcial de cesantías (considerando 2° resolución N°. 0397 de 03 de febrero de 2016).

3. Mediante la resolución N°. 0397 de 03 de febrero de 2016, 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 Myriam González Beltrán (folios 9-10).

4. El día 06 de mayo de 2016, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le pagó a la accionante las cesantías (folio 15).

5. A través derecho de petición elevado ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG -, el día 20 de mayo 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°. 0397 de 03 de febrero de 2016 (folios 3-6).

6. Mediante Oficio N°. S-2016-92428[1], la Secretaría de Educación de Bogotá actuando en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se declaró incompetente para conocer de la petición de la

[1] Folios 16-18.

demandante, y en consecuencia, remitió la misma a la Fiduciaria La Previsora S.A.

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 Myriam González Beltrán ante el Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –, el día 20 de mayo 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.".*

En el caso bajo estudio está demostrado que la parte actora radicó derecho de petición el día 20 de mayo de 2016 (folios 3-6), ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG – Secretaría de Educación de Bogotá, a través del cual se pretendió el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, por tanto, y como quiera que no obra en el expediente respuesta de fondo dada oportunamente por dicha entidad a la demandante o por la Fiduciaria La Previsora S.A., 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 de Prestaciones del Magisterio de Bogotá D.C, está incurso en causal de nulidad que amerite su declaratoria, y en tal sentido, ordenar las condenas solicitadas como restablecimiento del derecho.

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[2]; b) El de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro[3], y c) El de los pertenecientes a fondos privados de cesantías[4].

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[5], 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%***

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

> ***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 1995[6], 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[7] 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*

---

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

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[8], **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[9] 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.

---

[8] 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.

[9] 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.

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 '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".

Ahora bien, considera la jurisprudencia de esta Jurisdicción que en virtud del derecho a la igualdad y el principio in dubio pro operario[10], y en atención a que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 no excluyeron al sector oficial docente del ámbito de aplicación, se tiene que los educadores, al igual que los demás servidores públicos, son destinatarios de la sanción moratoria prevista en dichas disposiciones, cuando se verifiquen los requisitos de su reconocimiento y pago[11].

---

[10] Previstos en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, respectivamente.
[11] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Bogotá D. C., quince (15) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00156-01(2159-14). Actor: HERLINDA MONTAÑA BRIÑEZ

Al respecto, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado mediante sentencia de unificación de 25 de agosto de agosto de 2016[12], estableció que en atención a la finalidad del legislador de señalar un término perentorio para la protección de la prestación social – cesantías –, no existe contradicción alguna para aplicar la Ley 1071 de 2006 a los docentes, en la medida en que conforme la Carta Superior, estos son servidores públicos.

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 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.*

[12] Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

(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."[13]

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 Myriam González Beltrán presentó la solicitud de reconocimiento y pago de sus cesantías parciales el **27 de octubre de 2015**, y que la entidad mediante Resolución N°. **0397 de 03 de febrero de 2016**, 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 **27 de octubre de 2015**, la entidad demandada debió reconocer expedir el acto administrativo de reconocimiento a más tardar el **19 de**

[13] Corte Constitucional **Sentencia SU336/17.**

noviembre de 2015, y el pago se debió haber efectuado por parte de la entidad, teniendo en cuenta los 10 días hábiles de ejecutoria del acto administrativo más los 45 días hábiles a partir de la fecha en que quedó en firme dicho acto, el día **10 de febrero de 2016**.

En presente asunto la parte accionante acreditó que las cesantías parciales ordenadas en la Resolución N°. **0397 de 03 de febrero de 2016**, se pagaron el día **06 de mayo de 2016.**

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 Myriam González Beltrán desde el **11 de febrero de 2016 hasta el 05 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 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[14] "*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 **11 de febrero de 2016 hasta el 05 de mayo de 2016**, por cuanto solo durante ese periodo se causó la sanción.

Sin embargo, a partir del **06 de mayo de 2016** y hasta que se haga efectiva la condena (fecha de ejecutoria), 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.

---

[14] Sentencia C-448 de 1996.

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

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°. **0397 de 03 de febrero de 2016**, fueron pagadas solo hasta el **06 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 febrero 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 que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*".

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 de manera consecuencial en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones[15] la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a

---

[15] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección "B", Consejero Ponente: Cesar Palomino Cortes, Bogotá, D.C., sentencia de 28 de octubre de 2016, radicación número: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez. Demandado: UGPP.

* Subsección B, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá D. C., providencia de 3 de noviembre de 2016, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez. Demandado: COLPENSIONES.

* Subsección "B" Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C., sentencia de 19 de enero de 2017, Radicación número: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia palacios de Mosquera, Demandado: UGPP.

* Sección Cuarta, Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo. Demandado: Municipio de Medellín.

imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución.

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho de defensa ejercido por la demandada estuvo orientado a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

De igual forma, en lo que respecta a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

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 mayo de 2016**, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –, por la señora MYRIAM GONZÁLEZ BELTRÁN, identificada con C.C. N°. 41.702.023 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 mayo de 2016**, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -, por la señora

MYRIAM GONZÁLEZ BELTRÁN, identificada con C.C. N°. 41.702.023 expedida en Bogotá D.C.

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 la señora MYRIAM GONZÁLEZ BELTRÁN, identificada con C.C. N°. 41.702.023 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 **11 de febrero de 2016 hasta el 05 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: INDEXAR el valor de la sanción moratoria a partir del 06 de mayo de 2016 hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

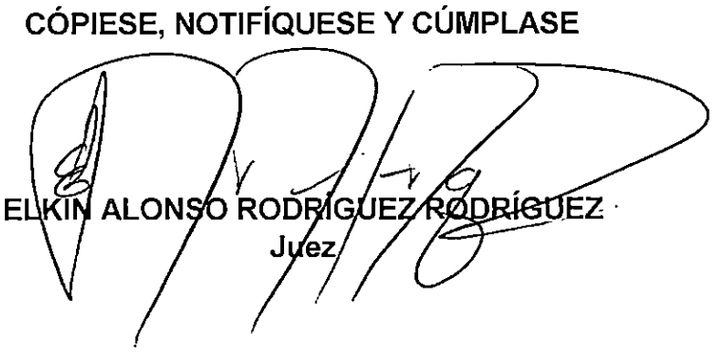
SEXTO: Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

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

OCTAVO: 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.

NOVENO: 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