REPUBLICA DE COLOMBIA

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

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

Expediente	: **11001-3342-046-2017-00199-00**
Demandante	: **ROQUE CEDIEL ROMERO PAEZ**
Demandado	: **NACION - MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUPREVISORA S.A.**

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

El señor Roque Cediel Romero Páez, mediante apoderado, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar 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 y Fiduprevisora S.A., para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan. (Fs.16 – 20).

1.2 Pretensiones.

Se declare la nulidad del acto ficto presunto configurado frente a la petición de 18 de diciembre de 2015, por medio del cual, se niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho solicita *"...reconocer, liquidar y pagar a favor de mi poderdante, la sanción moratoria (...) por no haber cancelado a tiempo*

el valor reconocido por cesantías (...) mora que ocurrió desde el día 12 de agosto de 2011 hasta la fecha de pago que fue el día 26 de junio de 2012.

... pagar la indexación de la suma solicitada en el numeral anterior, desde la fecha de pago de las cesantías y hasta la fecha de pago efectivo de la sanción moratoria.

... pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas (...)

Condenar a la entidad demandada a que dé estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el artículo 189 y 192 del C.P.A.C.A.

Condenar en costas (...)".

1.3 Hechos.

Que mediante petición radicada el 11 de mayo de 2011, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de cesantías.

Relata que mediante Resolución No. 6141 de 2 de diciembre de 2011 la entidad, le reconoció y ordenó el pago de las cesantías.

La entidad efectuó el pago de las cesantías a la parte actora el 26 de junio de 2012.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas de la Constitución Política los artículos 25 y 53 y las Leyes 1071 de 2006, 91 de 1989, y 244 de 1995.

Manifiesta que el pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio, siempre han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, demorándose en algunas ocasiones hasta 5 años, contrario a lo que ocurre con los demás servidores públicos, a los cuales se les paga sus cesantías, sin ningún tipo de retraso injustificado.

Asegura que la desigualdad se materializa al no reconocerse las cesantías de manera oportuna, colocando a su poderdante en una situación de discriminación frente a otros empleados públicos que pueden acceder a sus cesantías sin demoras injustificadas y en los términos que otorgó la ley para tal fin.

Por último afirma que la entidad no cumplió con lo establecido en la norma, incurriendo de esta manera en la sanción establecida por la ley, en lo que refiere al pago de un día de salario por cada día de retraso por el pago tardío de las cesantías.

Contestación de la demanda.

Guardó silencio.

1.5 Audiencia inicial.

El 26 de abril de 2018, se realizó la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se realizaron todas las etapas procesales contempladas en dicho artículo, hasta la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

1.6 Alegatos de conclusión

La parte demandante Reiteró los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el escrito de la demanda.

La entidad demandada Manifiesta que las pretensiones de la demanda se deben denegar teniendo en cuenta que se encuentra probada la excepción de prescripción dentro del presente proceso.

Ministerio Público: Indica que coadyuva la petición del apoderado de la entidad demandada, teniendo en cuenta que operó el fenómeno de la prescripción, igualmente solicita sea estudiada la respuesta dada por la Fiduciaria la Previsora S.A. en el año 2014 ya que es una decisión de fondo que se le dio al demandante, por lo que no se configuraría el silencio administrativo.

CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

El problema jurídico se planteó en el sentido de determinar si a la parte demandante, le asiste el derecho a que se le reconozca y pague la sanción moratoria prevista en el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006 y en el artículo 2° de la Ley 244 de 1995, por el pago tardío de la cesantía parcial.

2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ Mediante Resolución 6144 de 2 de diciembre de 2011 se le reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial al señor Roque Cediel Romero Páez (fs.9-11).

- ✓ Certificado de pago de cesantías, suscrito por la Directora de Afiliaciones y Recaudos de la Fiduprevisora S.A., mediante el cual, constata que el pago se efectuó el 26 de junio de 2012 (fl.15).

- ✓ Mediante derecho de petición presentado el 18 de diciembre de 2015, el demandante solicitó del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías (fs.12-14).

2.3 Marco normativo y jurisprudencial

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.

2.3.1. Del silencio administrativo negativo

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 Carlos Duque Zambrano, el 18 de diciembre de 2015, ante el 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 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 18 de diciembre de 2015 (fs.12-14), ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual pretendió la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías, por tanto, y como quiera que no obra en el expediente respuesta dada oportunamente por dicha entidad al demandante, respecto de dicha petición, se considera que se configuró en su caso, el silencio administrativo negativo, pues si bien obra respuesta dada por la Fiduprevisora S.A., respecto de una petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, lo cierto es, que dicha respuesta es respecto de una petición elevada en el año 2014 tal y como se evidencia en la lectura de la referencia del oficio visible a folio 15 del expediente, más no de la petición de fecha 18 de diciembre de 2015.

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.

De la 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[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 99º.- 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 por el 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.

---

[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".

Por su parte la 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.*
>
> ***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*

[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"

imputable a este.

(Negrita por el 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
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:*

[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.

(...)

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 por el Despacho).

En materia de reconocimiento de la sanción moratoria el Consejo de Estado[8] se ha pronunciado de manera reiterada en el sentido de señalar que esa indemnización por mora fue establecida mediante la Ley 244 de 1995 como una "sanción" a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último ante el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía dentro de los términos previstos de manera expresa por la ley.

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

---

[8]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.

'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 adecúa a los postulados constitucionales, por las siguientes razones:

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

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

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

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

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

(v) El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio."[9]

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.

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

CASO CONCRETO

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, observa el Despacho que el señor Roque Cediel Romero Páez presentó la solicitud de reconocimiento y pago de su cesantía parcial el **11 de mayo de 2011**, y que la entidad mediante Resolución No. 6144 de 2 de diciembre de 2011, expedida por el Director de Talento Humano de la Secretaria de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de la cesantía parcial en favor del demandante.

De lo antes expuesto, y atendiendo a los términos señalados en el acápite que precede, al haberse presentado la solicitud de reconocimiento de las cesantías el día **11 de mayo de 2011**, la entidad demandada podía expedir el acto administrativo de reconocimiento a más tardar el **1 de junio de 2011** y el pago se debió haber efectuado por parte de la entidad, teniendo en cuenta los 5 días hábiles de ejecutoria del acto administrativo, más los 45 días hábiles a partir de la fecha en que quedo en firme dicho acto, es decir, a más tardar el **17 de agosto de 2011**.

Se precisa que en el presente asunto la parte accionante demostró que la fecha del pago de las cesantías, se efectuó el 26 de junio 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 demandante desde el **17 de agosto de 2011** hasta el **26 de junio de 2012**.

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[10] "*no solo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella*" en tal sentido no puede reconocerse simultáneamente con la indexación o actualización, situación que no ocurre en este caso.

No obstante lo anterior, y pese a encontrarse acreditado que la entidad demandada incurrió en mora al pagar las cesantías reclamadas por el demandante, resulta pertinente acreditar si el reclamo de pago se efectuó oportunamente. Para ello es

[10] Sentencia C-448 de 1996.

necesario 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, teniendo en cuenta que el plazo con el que contaba la entidad para efectuar el pago de las cesantías del demandante era hasta el día 17 de agosto de 2011, la parte actora estaba facultada para reclamar la indemnización moratoria a partir del día siguiente, esto es, a partir del 18 de agosto de 2011, la que se consolido hasta el **26 de junio de 2012.** Y, comoquiera que la reclamación fue presentada sólo hasta el 18 de diciembre de 2015, operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

Debe recordar el despacho que la interrupción de la prescripción tiene dos efectos, el primero de ellos hacia el pasado, que tiene como propósito evitar la extinción del derecho; mientras que el segundo, tiene efectos hacia el futuro, y su fin último es que la parte interesada ejerza el derecho de acción mientras persista la interrupción de dicha figura procesal.

Todo lo anterior lleva a declarar la prescripción del derecho.

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"[11].

---

[11] 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:
(...)
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.
(...)

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado[12], 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

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

la parte demandante esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.[13]

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. DECLARAR probada de oficio la excepción de prescripción, conforme se advierte.

SEGUNDO. NIEGANSE las súplicas de la demanda, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente providencia.

TERCERO. No hay lugar a condena en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO. Ejecutoriada esta providencia por secretaría, archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que los hubiere.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez

[13] 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