REPUBLICA DE COLOMBIA

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

Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil dieciocho (2018)

EXPEDIENTE N°.:	**11001334204620170030100**
DEMANDANTE:	**LUZ MARINA PRIETO DE HERNÁNDEZ**
DEMANDADO:	**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – y OTRA.**
MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

ASUNTO

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

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

La señora LUZ MARINA PRIETO DE HERNÁNDEZ, identificada con C.C. N°. 41.459.830 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.

"PRIMERO: Se declare la existencia del acto ficto o presunto, producto del silencio administrativo negativo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en relación con la petición de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas formuladas por la señora LUZ MARINA PRIETO DE HERNÁNDEZ, de fecha 08 de junio de 2012 radicado N°. E-2012-104466.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo N°. S-2012-102563 de fecha 31 de julio de 2012, por el cual la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no se pronunció de fondo, remitiendo dicha solicitud a la Fiduprevisora para que ésta diera respuesta de fondo.

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 26 de agosto de 2009 (fecha que debería habérsele pagado) y hasta el 12 de febrero de 2010 (fecha de pago de dicha prestación) para un total de 166 día 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°. 8821 de 20 de octubre de 2009, de conformidad con la Ley 244 de 1995; 1071 de 2006, y demás normas concordantes y complementarias.

TERCERO: 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.

CUARTO: Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme a 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 al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo normado en el Código Contencioso Administrativo.

SEXTO: Ordenar a la entidad demandada a que dé 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 la entidad demandada, conforme lo estipula el artículo 188 del CPACA".

1.1.2 Fundamento fáctico

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

"1. Mediante petición radicada bajo el N°. 2009-CES-00950 de fecha 14/04/2009, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá D.C., la Señora LUZ MARINA PRIETO DE HERNÁNDEZ solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas.

2. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá D.C., mediante Resolución N°. 3791 del 20 de octubre de 2009, reconoció el pago de dichas cesantías, por un valor de VEINTISIETE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (27.548.669.00).

3. El acto administrativo fue notificado el 28 de octubre de 2009.

4. Los sesenta y cinco (65) días para el reconocimiento y pago de la cesantía, vencieron el 16 de julio de 2009, sin que para esa fecha se le hubiera pagado dicha prestación económica.

5. El pago debería haberse realizado, a más tardar, el 17 de julio de 2009.

6. El pago se realizó de manera tardía, por medio del banco de BBVA, el día 12 de febrero de 2010.

7. El día 8 de junio de 2012, 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., a través de oficio N°. S-2012-102563 del 31 de julio de 2012, resolvió remitir dicha petición a la FIDUPREVISORA para que ésta entidad diere respuesta de Fondo, configurándose un ACTO FICTO.

(...)"

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 1, 2, 4, 5, 13, 23, 25, 53, 228 y 336.

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

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse, como quiera que la entidad demandada contravino la normas citadas como violadas, por cuanto, según lo dicho por el Consejo de Estado para el reconocimiento de la sanción moratoria se cuenta no solo el tiempo transcurrido entre la firmeza del acto administrativo de su reconocimiento y pago que se haga, sin ola demora entre la presentación de la solicitud y la solicitud del acto que reconoce las cesantías. La demandante solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas por medio del radicado N°. 2009- CES-009250 de 14 de abril de 2009, y la resolución que se las reconoció, fue expedida el 20 de octubre de 2009. El pago ha debido realizarse el 26 de agosto de

2009 y tan solo se pagó el 12 de febrero de 2010, configurándose una mora de 166 días.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria La Previsora S.A., 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 todas y cada una de las pretensiones obrantes en la demanda.

Parte demandada: Solicitó se dé aplicación al precedente emanado de la corte Constitucional, por ello, insistió en que se condene en costas a la entidad demandada.

Ministerio Público: Guardó 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 en el caso sub examine 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 o no el derecho 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 Luz Marina Prieto de Hernández, prestó sus servicios a la Secretaría de Educación de Bogotá, desempeñándose como docente.

2. La demandante mediante petición radicada bajo el N°. 2009-CES-009250 de 14 de abril de 2009, solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías (considerando 3° resolución N°. 03791 de 20 de octubre de 2009).

3. Mediante la resolución N°. 03791 de 20 de octubre de 2009, 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 Luz Marina Prieto de Hernández (folios 17-18).

4. El día 12 de febrero de 2010, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le pagó al accionante las cesantías parciales (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 08 de junio de 2012, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías reconocidas mediante la resolución N°. 03791 de 20 de octubre de 2009 (folios 3-6).

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 Luz Marina Prieto de Hernández ante el Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –, el día 08 de junio de 2012.

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 08 de junio de 2012 (folio 11-14), en el cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías reconocidas a la señora Luz Marina Prieto de Hernández, mediante resolución N°. 03791 de 20 de octubre de 2009 (folios 17-18); por tanto, y como quiera que no obra en el expediente respuesta de fondo, se considera que si se configuró, en su caso, el silencio administrativo.

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

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

2.3.2 Marco normativo - Sanción Moratoria.

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

Se debe por tanto señalar, que las cesantías son prestaciones sociales de carácter económico, de orden público, irrenunciables que hacen parte de la seguridad social de los trabajadores y tienen como objetivo la entrega de medios económicos que garanticen la congrua subsistencia del núcleo familiar, durante la época en el que el trabajador se encuentre cesante. En tratándose del sector público existen tres regímenes de liquidación de cesantías, a saber: a) El de liquidación retroactiva[1]; b) El de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro[2], y c) El de los pertenecientes a fondos privados de cesantías[3].

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

La Ley 50 de 1990[4], respecto de la forma de liquidar las cesantías, las fechas establecidas para su consignación y la sanción moratoria derivada del pago tardío, en su artículo 99, señala:

> *"Artículo 99°.- **El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía**, tendrá las siguientes características:*
>
> *1ª. **El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía**, por la anualidad o por la fracción correspondiente, **sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo**.*
>
> *2ª. **El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12%***

[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*".

> ***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[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*

---

[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"

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.* (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, **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"*[7]. (Negrillas fuera del texto original).

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.

---

[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.

[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.

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[9] 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.*

[9] Corte Constitucional Sentencia SU-336/17.

(...)

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."

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.

3 Caso Concreto

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, observa el Despacho la señora Luz Marina Prieto de Hernández presentó la solicitud de reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas el **14 de abril de 2009**, y que mediante resolución N°. **03791 de 20 de octubre de 2009**, 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 aquella.

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 definitivas el día **14 de abril de 2009**, la entidad demandada debió reconocer expedir el acto administrativo de reconocimiento a más tardar **06 de mayo de 2009,** y el pago se debió haber efectuado por parte de la entidad, teniendo en cuenta los 5[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 **17 de julio de 2009.**

En presente asunto la parte accionante acreditó que las cesantías parciales ordenadas en la resolución N°. **03791 de 20 de octubre de 2009**, se pagaron el día **12 de febrero de 2010**.

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 Luz Marina Prieto de Hernández desde el **18 de julio de 2009 hasta el 09 de febrero de 2010**, 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[11] "*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.

---

[10] De acuerdo a la norma vigente para la época de solicitud.
[11] Sentencia C-448 de 1996.

No obstante lo anterior, y pese a encontrarse acreditado que la entidad demandada incurrió en mora al pagar las cesantías reclamadas por el demandante, 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 el pago de las cesantías reconocidas mediante resolución N°. 03791 de 20 de octubre de 2009, se efectuó el 12 de febrero de 2010, la parte actora estaba facultada para reclamar la indemnización a partir del día siguiente.

Para ello, la señora Luz Marina Prieto de Hernández el día 12 de diciembre de 2010 radicó solicitud ante la entidad demandada, la cual no fue resuelta de fondo, por tanto, acaeció el silencio administrativo; sin embargo, la parte actora no ejerció el derecho de acción en oportunidad, dado que si bien interrumpió el término prescriptivo con la solicitud elevada el día 08 de junio de 2012, cierto es que a partir de dicha fecha, el demandante contaba con un término de 3 años para ejercer el derecho de acción, plazo que culminaba el 08 de junio de 2015, y la demanda fue presentada el 15 de septiembre de 2017, es decir, luego de más de dos años de haber prescripto su derecho.

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

67.

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"[12].

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado[13], 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*

---

[12] 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. (...)

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

su comprobación".

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que, aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.[14]

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 probada la excepción de prescripción, propuesta por la entidad demandada.

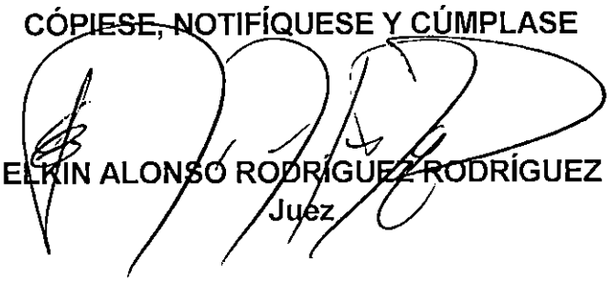
SEGUNDO: NIEGANSE las súplicas de la demanda, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez

[14] Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ 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: MINISTRIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL