

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA¹**

Bogotá D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE N°.: 11001334204620190030700
DEMANDANTE: NELSON JOSUÉ GARZÓN RAMÍREZ
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – y OTRAS.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

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

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El señor NELSON JOSUÉ GARZÓN RAMÍREZ, identificado con la Cédula de Ciudadanía N°. 79.329.977 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 NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – y otros, con el fin de que se hagan las siguientes declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

¹ Correos electrónicos: jadmin46bta@notificacionesrj.gov.co y jadmin46bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

1.1.1 Pretensiones.

En la demanda se formularon las siguientes:

“PRIMERO: Solicito se tenga como configurado el acto ficto o presunto negativo, en razón a que la entidad demandada FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en el oficio N°. E-2019-2016 de 10 de enero de 2019, no hizo pronunciamiento de fondo a la petición N° E-208-198293 del 26 de diciembre de 2018, referente al reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 (artículo 2 de la Ley 244 de 1995), y le dio traslado de la petición a LA FIDUPREVISORA S.A.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaratoria descrita en el numeral anterior, solicito se declare la nulidad del acto ficto o presunto negativo, proferido por el representante del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – oficina regional de Bogotá D.C., mediante el cual no resuelve la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora según los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006 (artículo 2 de la Ley 244 de 1995).

TERCERO: Solicito se tenga como configurado el acto ficto o presunto negativo en razón a que la entidad demandada FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., no notificó en el término de ley la decisión de fondo sobre la petición radicada en esa entidad con el número 2019032006672 de 10 de enero de 2019, referente al reconocimiento y pago de la sanción por mora según los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006 (artículo 2 de la Ley 244 de 1995).}

CUARTO: Como consecuencia de la declaratoria descrita en el numeral anterior, solicito se declare la nulidad del acto ficto o presunto negativo, proferido FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., mediante el cual se entiende negada la petición de reconocimiento y pago de la sanción por mora establecido en el parágrafo del artículo 4 y 5 de la Ley 1071 (artículo 2 de la Ley 244 de 1995).

QUINTO: Que como consecuencia de la declaratoria de la NULIDAD del ACTO FICTO O PRESUNTO NEGATIVO, generado como resultado como resultado del silencio negativo presentado por la falta de respuesta de fondo a las peticiones N°. E-208-198293 del 26 de diciembre de 2018 y N°. 2019032006672 de 10 de enero de 2019; proferidos por las entidades demandadas, mediante los cuales resuelven de fondo, o no contestan a la petición encaminada al reconocimiento y pago de la sanción por la mora en la expedición del acto administrativo que reconoce y ordena el pago de CESANTÍA PARCIAL, así como la mora en el pago, conforme a lo establecido en los Artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006 (Artículo 2 de la Ley 244 de 1995, se CONDENE a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – REGIONAL BOGOTÁ, y/o FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a RECONOCER Y PAGAR el valor de la SANCIÓN POR MORA:

5.1 En la expedición del acto administrativo que reconoce y ordena el pago de cesantía a favor de mi poderdante.

5.2 El pago tardío de la cesantía reconocida a favor de mi poderdante.

SEXTO: Condenar a la demandada a reconocer y pagar la INDEXACIÓN sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de los reajustes solicitados acorde con el IPC, desde el día siguiente en que se realizó el pago de las cesantías (fecha en la que deja de correr la mora) y hasta que se haga efectivo el pago de la Sanción Moratoria.

SÉPTIMO: Se condene en costas las entidades demandadas, incluyendo Agencias en Derecho las cuales las estimo en Tres (03) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes - SMLMV - y gastos procesales.”.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

“PRIMERO: El señor NELSON JOSUÉ GARZÓN RAMÍREZ labora como docente del Magisterio Oficial de Bogotá D.C., desde el 26 de noviembre de 1996, con reporte de cesantías al 30 de diciembre del 2016.

SEGUNDO: Mediante solicitud N°. 2017-CES-456367 de fecha 30 de junio de 2017, el demandante NELSON JOSUÉ GARZÓN RAMÍREZ presentó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bogotá D.C., solicitud de reconocimiento y pago de la Cesantía PARCIAL PARA REPARACIONES LOCATIVAS que le corresponde por sus servicios prestados como docente oficial.

TERCERO: La Secretaría de Educación de Bogotá, en representación de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de la resolución N°. 9137 del 28 de noviembre de 2017, reconoció y ordenó el pago de la CESANTÍA PARCIAL PARA REPARACIONES LOCATIVAS a favor del DEMANDANTE.

CUARTO: Desde la fecha en que el DEMANDANTE radicó la petición de reconocimiento de su cesantía definitiva (sic) y hasta la fecha en que se expidió el acto administrativo que reconoce y ordena el pago de la prestación, transcurrieron 206 días, configurándose una mora en la expedición del acto administrativo de 181 días.

QUINTO: LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., entidad encargada del pago de la cesantía parcial reconocida al DEMANDANTE, realizó el pago de ésta el día 26 de enero de 2018, tal y como consta en la certificación No. 1010403 de fecha 22 de marzo de 2019, remitida al demandante con el oficio N°. 20191170560651 del 22 de marzo de 2019, emitido por la entidad demandada.

SEXTO: Desde la fecha en que el DEMANDANTE, radicó la petición de reconocimiento de su cesantía definitiva (sic) y hasta la fecha en que se hizo el pago efectivo de la misma, transcurrieron un total de 206 días, configurándose una mora en la expedición del acto administrativo de 105 días.

SÉPTIMO: El DEMANDANTE mediante radicado N°. E-2018-198293 del 26 de diciembre de 2018, adelantó petición al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO BOGOTÁ D.C.; para que se ordene el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecido en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

OCTAVO: En respuesta a la petición descrita en el numeral anterior, la Profesional Especializada en representación del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio de Bogotá, por medio de Oficio N°. 2019-2016 del 10 de enero de 2019 señala que no es competente en lo referente al reconocimiento y pago de la sanción por mora establecido en el parágrafo 5 de la Ley 1071 de 2006, en consecuencia remite la petición a la FIDUPREVISORA, por lo cual se configura un silencio administrativo negativo, ya que por mandato de la Ley 91 de 1989, el magisterio es la entidad competente para responder de

fondo (ya sea negando o reconociendo) las peticiones encaminadas al reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes al servicio del estado.

NOVENO: El DEMANDANTE solicitó a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., por medio de la petición No. 20190320066672 de 10 de enero de 2019, para que se ordene el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

DÉCIMO: De manera incomprensible, LA FIDUPREVISORA mediante el Oficio N°. 20191090132241 de 24 de enero de 2019, solicita documentos que fueron anexados en la petición original No. 20190320066672 de 10 de enero de 2019, más aún que los documentos solicitados están en el expediente administrativo que reposa en la Secretaría de Educación y en la misma Fiduprevisora, ya que está aprobó el proyecto de acto administrativo que dio origen a la Resolución N°. 9137 de 28 de noviembre del 2017, también que es inentendible solicitar la constancia de pago, cuando es la misma Fiduprevisora la que certifica la puesta a disposición de los dineros de los docentes por concepto de pago de Prestaciones Sociales, en contravía de la ley anti trámites: Decreto 019 de 2012 artículos 6 y 9. No obstante el peticionario remitió la documentación.

DÉCIMO PRIMERO: La Fiduciaria La Previsora S.A. no notificó en el término de ley pronunciamiento sobre el derecho de petición N°. 20190320066672 de 10 de enero de 2019, por lo cual se ha configurado el acto ficto presunto negativo respecto de esta petición.
(...)"

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: artículos 2, 13, 16, 25, 29, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política.

De orden legal y reglamentario: Ley 57 y 153 de 1887, Decreto 2277 de 1979, Ley 91 de 1989, Ley 4ª de 1992, Ley 244 de 1995.

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 dejó de aplicar lo establecido en la Ley 1071 de 2006, que contempla los requisitos y forma como debe liquidarse la cesantía de los empleados oficiales, por el contrario se aplican normas procedimentales diferentes, que dieron lugar a la negación del reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías. La Ley 1071 de 2006, es aplicable a todos los servidores públicos que laboren al servicio del estado, incluidos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

El **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la fiduciaria La Previsora** contestaron la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones allí contenidas, en consideración a que la FIDUPREVISORA S.A., respecto del contrato de fiducia mercantil, actúa única y exclusivamente como vocera y administradora del patrimonio autónomo fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, esto es, en cumplimiento de las obligaciones contractuales que se desprenden del contrato, *“por tal motivo se aclara que los recursos administrados provienen del fondo de prestaciones sociales del magisterio, que si bien es cierto, son recursos públicos, su disponibilidad depende y se condiciona a las instrucciones del fideicomitente, en este caso el Ministerio de Educación Nacional.”*. En consecuencia, solicita se declare probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la FIDUPREVISORA S.A.

Igualmente, la **Secretaría de Educación de Bogotá** contestó la demanda pronunciándose frente a los hechos y oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Manifiesta que la entidad encargada de efectuar el pago solicitado en las pretensiones de la demanda, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con sus propios recursos, mas no, la Secretaría de Educación.

Adicionalmente señala que la Fiduprevisora como administradora de la cuenta especial del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es a quien compete el análisis sobre el pago de las cesantías, por tanto, la única intervención del ente territorial, es la elaboración y remisión del acto administrativo *“que en ultimas es aprobado como en el caso de autos por el Fondo quien tiene a su cargo el pago de estas prestaciones sociales de los docentes”*.

Concluye entonces, que su representada no está llamada a responder, proponiendo la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva. Igualmente, propone la excepción de prescripción.

1.2.2 Alegatos de conclusión

En virtud de lo dispuesto por el Gobierno Nacional mediante Decreto 806 de 4 de junio de 2020², que en su artículo 13 estableció los parámetros para proferir sentencia anticipada¹, el despacho mediante proveído del 28 de agosto de la presente anualidad, corrió traslado a las partes por el término común de 10 días con el fin que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito.

Una vez vencido el término anterior, las partes presentaron sus alegatos de conclusión de la siguiente manera:

Parte actora³: El apoderado de la parte actora presentó alegatos de conclusión dentro del término legal previsto para tal fin. En tal sentido reiteró los fundamentos de hecho y de derechos contenidos en la demanda.

Entidades demandadas:

La Secretaría de Educación Distrital. Guardó silencio.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁴ presentó sus alegatos de conclusión dentro del término legal previsto para tal fin. En dicho memorial sostiene que de acuerdo al precedente judicial emanado del Consejo de Estado en sentencia SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, la sanción moratoria parcial debe liquidarse con el salario vigente al momento de la causación de la mora sin que se varíe por la prolongación en el tiempo. De otra parte, únicamente se opone a la pretensión de indexación de la sanción moratoria y a la condena en costas

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Decisión de Excepciones Previas

Observa el despacho que, en los escritos de contestación de la demanda, tanto la Secretaría de Educación Distrital como la Fiduprevisora S.A., propusieron la

² "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"

³ Documento 11 del expediente digital.

⁴ Documento 10 del expediente digital.

excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, para lo cual, se precisa lo siguiente:

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de diciembre 29 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, por tanto, quien tiene la representación judicial del Fondo, es el Ministerio de Educación Nacional.

Igualmente, advierte el Despacho que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4º y 5º de la Ley 91 de 1989, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá y pagará las prestaciones sociales del personal afiliado a este, por ello, al recaer el presente proceso sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y teniendo en cuenta que las cesantías tienen la connotación de prestación social, es dicha entidad la que debe garantizar las condenas que se deriven del presente proceso.

En consecuencia, se tiene que la Fiduciaria La Previsora S.A., por ser la administradora de los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene el deber contractual, emanado del contrato de fiducia celebrado entre dicha entidad fiduciaria y el Ministerio de Educación, de pagar las condenas que eventualmente puedan llegar a imponerse al Fondo, por tanto, su vinculación resulta no solo ajustada a derecho, sino necesaria. Por tanto, la excepción propuesta no está llamada a prosperar.

De otro lado, se precisa que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no es la entidad encargada de emitir los actos administrativos relacionados con el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, pues dicha función por potestad de la ley le compete a las secretarías municipales o distritales; sin embargo, atendido a que aquellas actúan en nombre y representación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es este, quien a través del Ministerio de Educación, debe asumir la defensa judicial de los actos administrativos que en su nombre expidan las entidades territoriales.

Por su parte, el Consejo de Estado, en providencia de 11 de diciembre de 2015 dentro del expediente No. 66001-23-33-000-2014-00114-01 (2587-2015), dispuso que, la entidad territorial por participar en la expedición del acto administrativo demandado, está legitimada en la causa por pasiva, por ende, puede defender la legalidad del acto administrativo.

Igualmente, la Ley 1955 de 2019³ determinó que las entidades territoriales serían responsables del pago de la sanción moratoria derivada del pago inoportuno de las cesantías cuando el pago extemporáneo sea por su incumplimiento de los plazos fijados en la ley para tal efecto.

El tenor literal del párrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, dispone:

“Parágrafo. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.
(...)”

Así las cosas, se hace necesario que la Secretaría de Educación Distrital, conforme la parte pasiva, bajo el entendido que la mora en el pago de las cesantías puede serle imputable, y en caso que ello sea demostrado, deberá ser condenada, en el evento que se acceda a las pretensiones de la demanda, razón por la cual se desestimaré la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva propuesta por la Secretaria de Educación Distrital.

2.2. 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 las peticiones elevadas por el demandante ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG.

Dilucidado lo anterior, el Despacho entrará a establecer si le asiste o no al demandante el derecho 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.

2.3 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

1. El señor Nelson Josué Garzón Ramírez presta sus servicios a la Secretaría de Educación de Bogotá, desempeñándose como docente.
2. El demandante mediante petición radicada bajo el N°. 2017-CES-456367 de 30 de junio de 2017, solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías (considerando 3º resolución N°. 9137 del 28 de noviembre de 2017).
3. Mediante la resolución N°. 9137 del 28 de noviembre de 2017, la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial en favor del señor Nelson Josué Garzón Ramírez.
4. El día 26 de enero de 2018, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le pagó al accionante las cesantías parciales.
5. A través derecho de petición elevado ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG -, el 26 de diciembre de 2018, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías reconocidas mediante la resolución N°. 9137 del 28 de noviembre de 2017.
6. Igualmente, el día 10 de enero de 2019, en ejercicio del derecho de petición, el señor Nelson Josué Garzón Ramírez solicitó ante la Fiduciaria la Previsora el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías reconocidas mediante la resolución N°. 9137 del 28 de noviembre de 2017.
7. Mediante Oficio N°. S-2019-2016 de 10 de enero de 2019, la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá, le informa al accionante la falta de competencia para conocer de derecho de petición presentado por ella. En consecuencia, remitió la petición a la Fiduciaria la Previsora por ser de su conocimiento.
8. Mediante oficio de 20191090132241 de 24 de enero de 2019, la Fiduciaria La Previsora S.A., informa al demandante la necesidad de aportar unos documentos necesarios para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

2.4 Marco Normativo.

2.4.1 Del silencio administrativo

Procede el Despacho a precisar si en el caso bajo estudio, operó el fenómeno del silencio Administrativo respecto de la solicitud elevada por el señor Nelson Josué Garzón Ramírez ante el Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –; y ante la Fiduciaria La Previsora S.A. los días 26 de diciembre de 2018 y 10 de enero de 2019, respectivamente.

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 y la fiduciaria La Previsora S.A., derechos de petición los días 26 de diciembre de 2018 y 03 de 10 de enero de 2019, en el cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías reconocidas al señor Nelson Josué Garzón Ramírez, mediante resolución N°. 9137 del 28 de noviembre de 2017; 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 negativo.

Se precisa que mediante el Oficio N°. S-2019-2016 de 10 de enero de 2019, la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá, le informa al accionante la falta de competencia para conocer de derecho de petición presentado por aquel, y en consecuencia, lo remitió a la Fiduciaria la Previsora por ser de su conocimiento. De

lo que se infiere, que no se le ha dado una respuesta de fondo a las peticiones formuladas por el señor Nelson Josué Garzón Ramírez.

Igualmente, la Fiduciaria La Previsora S.A., informa al demandante la solicitud de documentales necesarias para el reconocimiento de la sanción moratoria, a pesar que dichos documentos deben reposar en el expediente pensional de la demandada, y que además fueron allegados con la solicitud de reconocimiento. En tal sentido, y al no observarse, una decisión de fondo respecto del reconocimiento y pago de la sanción moratoria en favor del señor Josué Garzón Ramírez, se declarará la existencia del silencio administrativo negativo derivado de la no respuesta a la petición presentada por aquel el día 10 de enero de 2019 ante la fiduciaria La Previsora.

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.

2.4.2 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 retroactiva⁵; b)

⁵ Contenido en la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

El de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro⁶, y c) El de los pertenecientes a fondos privados de cesantías⁷.

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 1990⁸, 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 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 1995⁹, 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 2006¹⁰ en los siguientes términos:

⁶ Establecido en el Decreto 3118 de 1968.

⁷ Contemplado en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 de 1998

⁸ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

⁹ “Se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”

¹⁰ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías”

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 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” ¹¹.
(Negrillas fuera del texto original).

En materia de reconocimiento de la sanción moratoria el Consejo de Estado¹² 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 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

¹¹ 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.

¹² 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.

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 Constitucional¹³ 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 intención 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

¹³ Corte Constitucional Sentencia SU-336/17.

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.”

En reciente pronunciamiento de unificación de jurisprudencia¹⁴ la Sección Segunda del Consejo de Estado, como órgano de cierre de esta jurisdicción fijó las siguientes pautas jurisprudenciales sobre el tema, de obligatoria observancia por parte de los jueces de esta Jurisdicción dado su carácter vinculante:

“193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley¹⁵ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de unificación por Importancia jurídica. Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018. Bogotá D.C., 18 de julio de 2018. Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01. No. Interno: 4961-2015. Demandante: Jorge Luis Ospina Cardona.

¹⁵ Artículos 68 y 69 CPACA.

que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.”

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.

Debe recordarse que en lo referente a las cesantías parciales, la asignación básica para la liquidación de la sanción moratoria será la que devengue el servidor al momento en que presente la solicitud. Por su parte, en tratándose de las cesantías definitivas, el valor de la sanción moratoria estará determinado por la suma devengada por concepto de asignación básica para la fecha de finalización de la relación laboral o el vínculo contractual, por ser la fecha en que se hace exigible tal prestación social.

De otro lado, se tiene que, siendo la sanción moratoria es una penalidad, y como quiera que las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, no resulta viable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.

3 Caso Concreto

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, observa el Despacho que el señor Nelson Josué Garzón Ramírez presentó la solicitud de reconocimiento y pago de sus cesantías parciales el día 30 de junio de 2017, y que mediante resolución N°. 9137 del 28 de noviembre de 2017, la Secretaria de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, resolvió la petición del demandante disponiendo reconocer y pagar el derecho por pretendido por aquel.

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 **30 de junio de 2017**, la entidad demandada debió expedir

el acto administrativo de reconocimiento a más tardar el **25 de julio de 2017**, y el pago se debió haber efectuado, 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 **12 de octubre de 2017**.

En presente asunto la parte accionante acreditó que las cesantías parciales ordenadas en la resolución N°. 9137 del 28 de noviembre de 2017, se pagaron el día **26 de enero de 2018**.

Así las cosas, se colige que en el presente caso la entidad demanda incurrió en mora en el pago de las cesantías del señor **Nelson Josue Garzón Ramírez** desde el **13 de octubre de 2017 hasta el 25 de enero de 2018**, por ello, este Juzgado accederá a las pretensiones de la demanda declarando la nulidad del acto administrativo demandado, y como restablecimiento del derecho, procederá a ordenar a la entidad demandada el reconocimiento y pago de un día del salario devengado por el demandante por cada día de retardo, conforme al parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Se debe precisar que si bien es cierto la sanción moratoria de cesantías constituye un reconocimiento con cargo a la administración como correctivo impuesto por la demora en el pago de las mismas y que, en criterio de la Corte Constitucional¹⁶ “*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 **13 de octubre de 2017 hasta el 25 de enero de 2018**, por cuanto solo durante ese periodo se causó la sanción.

Sin embargo, a partir del **26 de enero de 2018**, 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, según los términos previstos en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁶ Sentencia C-448 de 1996.

Respecto del salario sobre el cual debe liquidarse la sanción moratoria deberán aplicarse las subreglas previstas en la sentencia de unificación SUL-012-S2 de 18 de julio de 2018¹⁷ proferida por el Consejo de Estado en la que se determinó que el salario que sirve para calcular la sanción moratoria cuando se trate del reconocimiento parcial de cesantías, será el vigente al momento de la mora; mientras que cuando se trate de las cesantías definitivas, será el salario vigente al momento del retiro del servicio.

En este entendido, el despacho procederá a declarar la nulidad del acto administrativo ficto acusado, por medio del cual se le negó a la actora el pago de la sanción por mora contemplada en la Ley 1071 de 2006.

La entidad demandada, pagará al demandante la diferencia entre la nueva liquidación y la suma ajustada teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el 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

En sentencia de unificación N°. CE-SUJ004 de 25 de agosto de 2016¹⁸, el Consejo de Estado precisó que la sanción moratoria es autónoma y prescriptible, siendo importante para ello tener en cuenta el término establecido 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.”*

¹⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Exp. N°. 73001-23-33-000-2014-000580-01 (4961-2015), Actor, Jorge Luis Ospina Cardona.

¹⁸ Sección Segunda, Rad. N°. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14).

Sobre el asunto que nos atañe en el presente proceso, es del caso requerir indicar que el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa, recientemente¹⁹ ha determinado que en tratándose de la sanción moratoria la obligación se hace exigible desde el día siguiente al vencimiento del plazo otorgado a la entidad para pagar el auxilio de cesantías, y no desde la fecha del reconocimiento de las cesantías o desde el pago de las mismas.

De acuerdo a lo expuesto, y en virtud del acatamiento del precedente vertical, el despacho acoge la postura del Consejo de Estado, de tener en cuenta para efectos de la prescripción de la sanción moratoria la fecha en la cual la entidad inició a ponerse en mora, y no desde la fecha del pago, como lo venía reconociendo este juzgador.

Así las cosas, comoquiera que la entidad demandada incurrió en mora desde el día **06 de enero de 2018**, y que los derechos de petición a través de los cuales el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria se radicaron el **26 de diciembre de 2018 y el 10 de enero de 2019**, se concluye que en el presente asunto no operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

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.”.

En este caso no procede la condena en costas en esta instancia, pues conforme con el artículo 188 del CPACA, en los procesos ante esta jurisdicción, la condena en costas, que según el artículo 361 del C.G.P. incluye las agencias en derecho, se rige por las reglas previstas el artículo 365 del Código General del Proceso, y una de estas reglas es la del numeral 8, según la cual “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”, requisito que no se cumple en este asunto.

¹⁹ En sentencias de 14 de junio de 2018, Rad. N°.44001-23-33-000-2016-00130-01 (3567-17); de 31 de mayo de 2018, 73001-23-33-000-2014-00667-01 (4445-15); 26 de abril de 2018, Rad. N°. 08001-23-33-000-2015-00009-01 (3230-16); 19 de abril de 2018 08001-23-33-000-2013-00721-01 (2653-15).

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 falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción, propuestas por la Secretaría de Educación Distrital, conforme se expuso.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Fiduprevisora S.A., de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO: DECLARAR que en el presente caso operó el silencio administrativo negativo frente a los derechos de petición presentados el día 26 de diciembre de 2018, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y el día 10 de enero de 2019, ante la Fiduciaria La Previsora S.A.; por el señor NELSON JOSUÉ GARZÓN RAMÍREZ, identificado con la Cédula de Ciudadanía N°. 79.329.977 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.

CUARTO: DECLARAR la **NULIDAD** de los actos administrativos fictos o presuntos negativos producto del derechos de petición presentados el día 26 de diciembre de 2018, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y el día 10 de enero de 2019, ante la Fiduciaria La Previsora S.A.; por el señor NELSON JOSUÉ GARZÓN RAMÍREZ, identificado con la Cédula de Ciudadanía N°. 79.329.977 expedida en Bogotá D.C.

QUINTO: CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que a través de la fiduciaria LA PREVISORA S.A., en calidad de administradora de los recursos del Fondo, reconozca y pague al señor NELSON JOSUÉ GARZÓN RAMÍREZ, identificado con la Cédula de Ciudadanía N°. 79.329.977 expedida en Bogotá D.C., a título de sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, un día de salario por cada día de retardo, desde el **13 de octubre de 2017 hasta el 25 de enero de 2018**, 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.

El pago de la sanción moratoria aquí ordenada deberá realizarse con el salario vigente para la fecha de la causación de la mora.

En todo caso la fiduciaria La Previsora podrá reclamar el pago de la sanción moratoria durante el periodo comprendido entre **13 de octubre de 2017 y el 27 de noviembre de 2017** a la Secretaría de Educación de Bogotá, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, bajo el entendido que en dicho periodo la moratoria ocurrió por causa atribuible a dicha entidad.

SEXTO: INDEXAR el valor de la sanción moratoria a partir del **26 de enero de 2018** hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia en términos del art 187 del C.P.A.C.A.

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

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

NOVENO: 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.

DÉCIMO: 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

NOTÍFÍQUESE Y CÚMPLASE

EXPEDIENTE N°: 11001-33-42-046-2019-00307-00
DEMANDANTE: NELSON JOSUÉ GARZÓN RAMÍREZ
DEMANDADO: FOMAG - FIDUPREVISORA

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez

Firmado Por:

ELKIN ALONSO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 46 ADMINISTRATIVO BOGOTÁ

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

37c78728e91fe3fc0382f6212e05db53f08e57d937005d5dd6fb135f909cf22d

Documento generado en 16/10/2020 08:34:48 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>