



**JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Expediente No.	110013335014 20150061300
Demandante	Lisana Clavijo Rojas
Demandado	Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Cumplida la ritualidad procesal prevista en los artículos 179, 180 y 182 del CPACA, el Despacho procederá a dictar Sentencia, dentro de la demanda de **Nulidad y Restablecimiento del Derecho** de carácter laboral, promovida por la señora **Lisana Clavijo Rojas** contra la **Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio —en adelante FONPREMAG—**, de conformidad con los fundamentos que a continuación se pasa a exponer:

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1. Las **pretensiones** de la demanda en resumen son las siguientes (fls. 25 a 27):

1.1.1 Pide se declare la existencia del silencio administrativo ficto o presunto respecto de la petición de 26 de noviembre de 2014, radicada ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la cual se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

1.1.2 Solicita se declare la nulidad del acto administrativo negativo en relación con la petición de 26 de noviembre de 2014, por el cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio negó el pago de la sanción moratoria.

1.1.3 Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, pide que se ordene el reconocimiento y pago de la



sanción moratoria de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, esto es, el pago de un día de salario por cada día de retardo.

1.1.4 Pide el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011; y, que se ordene a las entidades demandadas que sobre las cuantías antes indicadas se practiquen los ajustes de valor acorde con el índice de precios al consumidor de acuerdo con lo señalado en los artículos 187 y 192 de la citada ley.

1.1.5 Finalmente, exige el pago de intereses moratorios según lo dispone el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, así como disponer sobre la condena en costas y agencias en derecho.

1.2 De acuerdo con la fijación del litigio realizada en audiencia y el material probatorio recaudado e incorporado al expediente, se encuentran probados los siguientes **hechos** relevantes:

1.2.1 Mediante solicitud radicada el 18 de enero de 2013 la docente Lisana Clavijo Rojas solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía por los servicios prestados como docente distrital, por lo cual la Directora de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá, en nombre y representación del FONPREMAG, profirió la **Resolución 5359 de 3 de octubre de 2013**, mediante la cual se ordenó el pago \$20.004.970 por concepto de aquella prestación (fls. 5 a 7).

1.2.2 Según consta en el comprobante de pago del Banco BBVA, el valor correspondiente al auxilio de cesantía se puso a disposición de la demandante el 18 de noviembre de 2013 (fl. 9).

1.2.3 A través de petición radicada el 26 de noviembre de 2016, la demandante, a través de apoderado, solicitó al FONPREMAG el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío del auxilio de cesantía, de conformidad con lo previsto en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 (fls. 3 y 4).



2. Contestación de la demanda

La Nación –Ministerio de Educación Nacional —Fonpremag a través de apoderado contestó la demanda en tiempo, oponiéndose a las pretensiones, toda vez que las súplicas *“están dirigidas a una entidad distinta de la que profirió el acto administrativo demandado y no tienen en cuenta la descentralización y delegación que actualmente rige en el país y más precisamente, en el sector educativo”*.

Luego, trae a colación el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas del Fonpremag acorde con las disposiciones de la Ley 962 de 2005 y su Decreto reglamentario 2831 de ese mismo año, indicando que según el artículo 3º del decreto ibídem corresponde a las secretarías de educación de las entidades territoriales la atención de solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales de los docentes, por tanto, estima que *“las llamadas a responder por todo aquello relacionado con el reconocimiento de aquellas prestaciones son las secretarías de educación de la entidad territorial”* al cual pertenece el docente, lo anterior conlleva que no procede la causal de nulidad de la resolución y del oficio demandado por violación de preceptos constitucionales como tampoco por aplicación errónea de normas específicas”, por lo que solicita se deniegue la pretensión de nulidad de la resolución, así como del oficio acusados, pues considera que la decisión de la administración se encuentra ajustada a derecho (fls. 106 a 114).

3. Audiencia Inicial y alegatos de conclusión

3.1 El 25 de julio de 2017 se celebró **audiencia inicial** con presencia de las partes, en esta oportunidad, además de resolverse sobre saneamiento, fijación de litigio, conciliación, medidas cautelares y pruebas, se dispuso escuchar los alegatos de conclusión (fls. 127 a 130).

3.2 Apoderado de la parte demandante: Se ratifica en los hechos, pretensiones y fundamentos jurídicos de la demanda, además, señala que la Ley 1071 de 2006 que modifica y adiciona la Ley 244 de 1995 que reguló el pago de las cesantías parciales o definitivas a los funcionarios públicos, estableció términos perentorios para el pago y reconocimiento de dichas cesantías y que



para el caso de la demandante se le pagó tardíamente pues solicitó las cesantías el 18 de enero de 2013, la entidad la reconoció mediante Resolución 5359 de 3 de octubre de 2013 y realizó el pago hasta el 18 de noviembre de 2013, de manera que hay lugar a accederse a las súplicas incoadas

3.3 Apoderado de la parte demandada: comienza su exposición ratificándose en los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda, luego, insiste que la mora que se reclama no es imputable la entidad demandada sino al ente territorial, porque corresponde a ellos expedir el acto y pagar el auxilio de cesantía a través de la fiducia mercantil, por lo que el ministerio no tiene ningún control sobre aquellas actividades administrativas en cuanto al reconocimiento y pago del auxilio de cesantía.

Por último, pidió que de accederse a las súplicas de la demanda, se niegue la indexación reclamada dado que de ser así constituye un doble castigo, también solicita se denieguen los intereses de mora y la condena en costas.

3.4 Ministerio Público: Manifiesta que teniendo en cuenta las pruebas que obran en el expediente se debe condenar al Fonpremag para que a través de la Fiduciaria La Previsora S.A., pague la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantías parciales, de conformidad con las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, pues dicha normativa es aplicable a todos los servidores públicos, incluidos los docentes.

II. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

1. Problema jurídico a resolver.

El problema jurídico, consiste en dilucidar si de acuerdo con las circunstancias de hecho vertidas en el presente litigio resulta procedente ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía a la parte demandante, o si por el contrario, el pedimento carece de fundamento, toda vez que el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes tiene un término y un régimen especial propio, previsto en el Decreto 2831 de 2005 en concordancia con lo señalado en el artículo 56 de la Ley



962 de 2005, por tanto, las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 no son aplicables a los docentes.

2. Tesis

La tesis que sostiene el Despacho es que a la docente Lisana Clavijo Rojas, le asiste derecho a que la parte demandada le pague un día de salario por cada día de retardo en el pago de la cesantías parciales hasta el momento en el que se efectivizó el pago de la prestación.

3. Cuestión previa.

Silencio administrativo negativo y acto presunto: El artículo 83 de la Ley 1437 de 2011, dispone como regla general, que 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 ésta es negativa.

Por su parte el artículo 138 *ibídem* señala que toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho.

Y Finalmente el artículo 161 *ibídem* al indicar cuales son los requisitos previos para demandar, dispuso que el silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

En el asunto *sub-examine* se observa que el 26 de noviembre de 2014 la parte accionante, por intermedio de apoderado, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío del auxilio de cesantía (fls. 3 y 4), pedimento al cual la aludida entidad se abstuvo de dar respuesta dentro del término de 3 meses de que trata el artículo 83 del CPACA y tampoco se conoció respuesta previo a la notificación del auto admisorio de la demanda de 3 de agosto de 2016 (fl. 94).

En consecuencia, al no existir respuesta de la entidad frente al mencionado pedimento, se infiere que al 26 de febrero de 2015 —3 meses después— se



reunían los elementos para que la parte actora acudiera directamente ante la vía jurisdiccional en procura de la nulidad del acto presunto desatado por el silencio administrativo frente a la referida petición, por lo que será en estos términos como se decidirán las pretensiones de la demanda.

4. Razones que sustentan la tesis

4.1 Marco jurídico y jurisprudencial atinente a la sanción moratoria por pago tardío del auxilio de cesantía.

Para resolver el problema jurídico planteado se hace necesario realizar el siguiente recuento normativo y jurisprudencial:

i) La **Ley 91 de 1989**, reguló en el artículo 15, el auxilio de cesantías para los docentes oficiales, lo que permite colegir que el auxilio de cesantía es una prestación social creada para los empleados y trabajadores al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, y que la misma se liquida y paga conforme a las normas vigentes al momento de su reconocimiento, salvo las excepciones que determine la ley y los procedimientos.

ii) Se precisa que conforme a la Ley 115 de 1994, las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente.

En consecuencia quien debe reconocer las prestaciones sociales del magisterio de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio es la Nación a través del representante del Ministerio de Educación Nacional en cada ente territorial.

iii) Entrando en materia, encontramos que la **Ley 244 de 1995**, en su artículo 1º fijó los términos para el pago oportuno de las cesantías a los servidores públicos, y estableció una sanción por mora en su pago, respecto del reconocimiento de las cesantías, y en el artículo 2º señaló el plazo que tiene la entidad pagadora para realizar la cancelación de las cesantías.



Por su parte, la Ley 1071 de 2006, adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, que regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, y en la cual se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación, frente al reconocimiento, pago de las cesantías, en su artículo 4° señaló el procedimiento para expedir el acto de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, a saber:

“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.”

Y al fijar el término con que cuenta la entidad para cancelar las cesantías definitivas o parciales, el reconocimiento de la sanción en caso de mora en el pago de esta prestación social, en los siguientes términos:

“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.”

iv) Con respecto al tiempo que se debe tener en cuenta a la hora de calcular la sanción moratoria en el pago de las cesantías cuando la Administración resuelve de manera tardía la solicitud de reconocimiento y pago de las mismas, el Consejo de Estado se ha pronunciado en el siguiente contexto:

“Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir



del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.¹

v) Visto la anterior, resulta claro que la sanción se aplica después de transcurridos los 70 días hábiles contados a partir de la fecha de radicación de la solicitud del reconocimiento y pago de las cesantías, toda vez que de conformidad con el artículo 76 del CPACA el término para interponer los recursos contra actos administrativos es de 10 días y no de 5 como lo consagraba el C.C.A. Lo anterior para peticiones presentadas y resueltas a partir del 02 de julio de 2012- fecha en que entro en vigencia de la Ley 1437 de 2011-.

vi) Conforme al recorrido normativo y jurisprudencial que antecede, el despacho arriba a la conclusión que la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006 se aplica sin distingo alguno a todos los servidores públicos de todos los niveles, incluyendo a aquellos que tienen un régimen especial como es el caso de los docentes, pues no debe perderse de vista que las anteriores reglas previeron en su ámbito de aplicación, entre otros, a los servidores públicos de todos los órdenes, de manera que siguiendo el principio general de interpretación, según el cual, donde la norma no distingue no le es dable al intérprete hacerlo, mal puede entenderse que aquellas excluyen a los docentes oficiales, toda vez que el legislador no hizo esa distinción, por tanto, si los anteriores preceptos prevén una garantía para los servidores públicos, como se dijo, de todos los niveles de la administración, no se observan argumentos jurídicos suficientes como para excluir de la aplicación de esas leyes a los docentes oficiales.

Adicionalmente, cabe precisar en cuanto a privilegios contenidos en mandatos generales, que los mismos no deben negarse sobre la base de existencia de cánones especiales, porque si estos últimos no contienen esos derechos, preciso es recurrir por favorabilidad al régimen general, lo contrario, dice el Consejo de Estado, *"implicaría que una prerrogativa conferida por la ley a un grupo de personas, se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la ley para la generalidad"*². Afirmación que encuentra sustento en

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 27 de marzo de 2007, M.P.: Jesús María Lemos Bustamante, Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ).

² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 19 de abril de 2012, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, expediente número: 76001-23-31-000-2007-00515-01(0667-10)



el reciente pronunciamiento unificador del Corte Constitucional sobre sanción moratoria contenido en la sentencia SU-336-17.

Por último, y no menos importante, resulta pertinente acotar que el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de ese mismo año, regulan el procedimiento administrativo en relación con las solicitudes de reconocimiento de prestaciones que debe conceder el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a los docentes afiliados a él, pero en modo alguno puede extraerse que por establecer un término para surtir la actuación administrativa —que en todo caso no es superior a 15 días—, esté regulando de manera especial el régimen prestacional de la docencia, como para que no pueda ordenarse por el pago tardío de las cesantías, la indemnización moratoria.

4.2 Caso concreto.

4.2.1 Teniendo en cuenta que la demandante radicó la solicitud de reconocimiento y pago del auxilio de cesantía el 18 de enero de 2013³, la entidad demandada estaba obligada a cumplir los términos que le imponían las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, de manera que, (i) el término de 15 días para resolver la solicitud se cumplió el 8 de febrero de 2013 —más diez (10) días hábiles de ejecutoria que corrió hasta el 22 de ese mismo mes y año⁴—, y (ii) 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución que fenecieron el 2 de mayo de 2013⁵.

Ahora bien, atendiendo la situación fáctica que se vierte en el caso bajo examen, quedó demostrado que la solicitud de reconocimiento del auxilio de cesantía fue presentada el 18 de enero de 2013 (fl. 5); la resolución de reconocimiento fue proferida el 3 de octubre de 2013 y el pago se puso a disposición en la nómina de cesantías Fondo Magisterio el 18 de noviembre de 2013 (fl. 9), significa que tanto el reconocimiento del auxilio de cesantía reclamado, como su pago fueron extemporáneas.

³ Así lo admite la entidad demandada en la Resolución 5359 de 3 de octubre de 2013 (fl. 5).

⁴ Entre el 9 al 22 de febrero de 2013.

⁵ Entre el 25 de febrero y 2 de mayo de 2013.



Es claro entonces que en el presente caso, se causó la sanción moratoria contenida en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, pues si se contabilizan los 70 días hábiles, siguientes a la radicación de la solicitud de reconocimiento y pago del auxilio de cesantía, que lo fue el 18 de enero de 2013, la entidad debió efectuar el pago de las mismas a más tardar el 2 de mayo de aquel año, ya que al excederse en dicho término, debe cancelarse a la docente la aludida sanción, es decir, que desde el 3 de mayo —inclusive— hasta el 17 de noviembre de 2013, corresponde a la demandada pagar un día de salario por cada día de retardo, teniendo en cuenta el salario devengado al momento en que se hizo exigible el derecho.

Corolario de lo anterior, el Despacho advierte, que la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Fiduciaria “La Previsora S.A.”, como administradora de los recursos del aludido Fondo, tiene el deber de efectuar el pago correspondiente derivado de la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía, tal como aplica en el presente caso, teniendo en cuenta el salario que sirvió de base para liquidar las cesantías, de manera que a la entidades demandadas debe imponérsele la sanción moratoria reclamada.

4.2.2 Prescripción.

Por regla general, se tiene que los derechos prestacionales son imprescriptibles, sin embargo, opera la prescripción respecto de pagos causados que no se hubiesen solicitado dentro de los tres (3) años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, aplicable al caso.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la sanción moratoria empezó a causarse a partir del 3 de mayo de 2013 —día siguiente al vencimiento de los 70 días—, que la reclamación fue presentada el 26 de noviembre de 2014 y que la demanda fue radicada ante la Oficina de Reparto el 14 de agosto de 2015 (fl. 44), no hay lugar a declarar la prescripción trienal del pago de la sanción, toda vez que entre la fecha en que se hizo exigible el derecho, la presentación de la petición y la radicación de la demanda, no transcurrieron más de tres (3) años.



4.2.3 Indexación o actualización de la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía.

No se ordenará la indexación de los valores que se reconozcan por concepto de indemnización moratoria contenida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, dado que esta corresponde a la actualización del valor de la cesantía que no pagó la administración de forma oportuna, e incluir su actualización sería ordenar un doble pago, ello se encuentra sustentado en la sentencia C-448 de 1996 proferida por la Corte Constitucional.

En consideración a la anterior cita no es posible ordenar dicha indexación pues de hacerlo, se insiste, sería una doble sanción para el empleador.

5. Costas

El Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, de las cuales hacen parte las agencias en derecho, pues conforme a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, pues solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación y como quiera que los argumentos fueron eminentemente jurídicos no se condenarán en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar configurado el silencio administrativo negativo respecto de la petición elevada ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 26 de noviembre de 2014, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar la **nulidad del acto administrativo ficto negativo** a través del cual se entiende que la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fonpremag resolvió en forma negativa la petición de 26 de noviembre de 2014.



TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **condénese** a la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que a través de Fiduprevisora S.A., reconozca y pague a la señora **Lisana Clavijo Rojas** identificada con cédula de ciudadanía No. 39.527.338, la sanción moratoria por pago tardío del auxilio de cesantía reconocida mediante Resolución 5359 de 3 de octubre de 2013, esto es un día de salario por cada día de retardo, desde el 3 de mayo —inclusive— hasta el 17 de noviembre de 2013, teniendo en cuenta el salario que sirvió de base para liquidar las cesantías. Sin prescripción de los dineros adeudados conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO: **NEGAR** las demás súplicas de la demanda.

QUINTO: Se ordena que el cumplimiento de la sentencia sea conforme a lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Negar la solicitud de condena en costas, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría y a costa de la parte actora, expídanse copias del presente fallo y de la segunda instancia, si es el caso, con su respectiva constancia de ejecutoria, en la forma establecida en artículo 114 del C.G.P., o las normas que la sustituyan, y cúmplase con las comunicaciones del caso.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, procédase al archivo del proceso, previa **devolución del remanente** consignado por concepto de gastos ordinarios del proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.


ELSA MIREYA REYES CASTELLANOS
Juez

jcs