

62

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

EXPEDIENTE N°.: 11001334204620160069500
DEMANDANTE: VILMA VIVAS CASTRO
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 VILMA VIVAS CASTRO, identificada con C.C. N°. 41.651.835 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.

Del escrito la demanda se tiene las siguientes:

"1. 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 No. S-2016-117655 del 05 de agosto de 2016, no hizo pronunciamiento de fondo a la petición radicada con el N° E-2016-128263 del 22 de julio de 2016, referente al reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 y le dio traslado de la petición a LA FIDUPREVISORA S.A.

2. 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 de fondo la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora establecido en el parágrafo del artículo 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006 (Artículo 2 de la Ley 244 de 1995).

3. Que se declare la NULIDAD del oficio N°. 20160171075851 del 26 de septiembre de 2016; proferido por el representante de la Fiduciaria la Previsora S.A., mediante el cual niega el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en el parágrafo del artículo 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006 (Artículo 2 de la Ley 244 de 1995), por el reconocimiento y pago tardío de la cesantía de mi representada.

4. Que como consecuencia de la declaratoria de la NULIDAD del Acto Ficto o presunto negativo, generado como resultado del silencio negativo presentado en el oficio No. S-2016-117655 del 05 de agosto de 2016, y la NULIDAD del oficio N°. 20160171075851 del 26 de septiembre de 2016; proferidos por las demandadas, mediante los cuales se niegan el reconocimiento y pago de la sanción por la mora en la expedición del acto administrativo que reconoce y ordena el pago de la CESANTÍA DEFINITIVA, 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 LA MORA:

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

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

5. Condenar a la demandada a reconocer y pagar la INDEXACION sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de los reajustes solicitados acorde con el IPC, desde el momento del reconocimiento de la cesantía y hasta que se haga efectivo el pago, conforme a lo establecido en los artículos 176 al 178 de la C.C.A. y/o los artículos 192, 193 y 195 del CP.A.C.A.

6. 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.

Subsidiarias: Cordialmente solicito al señor juez de conocimiento considerar la siguiente pretensión subsidiaria, en atención a que de la respuesta emitida por la Fiduciaria la FIDUPREVISORA S.A. en el oficio 20160171075851 del 28 de septiembre de 2016, eventualmente se puede configurar un acto ficto, así mismo, en la facultad de poder acumular las pretensiones según lo normado en el numeral segundo del artículo 165 del CPACA, que faculta así se excluyan entre sí, proponerlas como principales y subsidiarias. Lo anteriormente expuesto, en concordancia con lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 88 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), por lo cual:

- 1. Solicito se tenga como configurado el acto ficto o presunto negativo en razón a que la entidad demandada FIDUPREVISORA S.A., en el Oficio 20160171075851 de 26 de septiembre de 2016, no hizo pronunciamiento de fondo a la petición radicada con el N°. 20160321914762 del 22 de julio de 2016, por no ser competente en lo referente al reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, al señalar que: "... los intereses por mora en el pago de prestaciones económicas deben ser liquidados y decretados por un juez de la república..."*

1.1.2 Fundamento fáctico

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

"PRIMERO: la señora VILMA VIVAS CASTRO, laboró como docente del Magisterio Oficial de Bogotá D.C. en el lapso comprendido desde el 08 de febrero de 1993 hasta el 07 de octubre de 2015.

SEGUNDO: Mediante radicado número 2015-CES-075002 del 16 de diciembre de 2015, la demandante, VILMA VIVAS CASTRO, presentó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bogotá D.C, solicitud de reconocimiento y pago de la Cesantía DEFINITIVA, que le corresponde por sus servicios prestados como docente oficial.

TERCERO: La Secretaria 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° 1410 del 04 de marzo de 2016, reconoció y ordenó el pago de la CESANTÍA Definitiva a favor de la DEMANDANTE. .

CUARTO: Desde la Fecha en que la DEMANDANTE, radicó la petición de reconocimiento de su cesantía definitiva y hasta la fecha en que se expidió el acto administrativo que reconoce y ordena el pago de la prestación, transcurrieron 78 días, configurándose una mora en la expedición del acto administrativo de 56 días.

QUINTO: LA FIDUCIARIA PREVISORA S.A., entidad encargada del pago de la cesantía definitiva reconocida a la DEMANDANTE, hizo el pago de esta el día 18 de julio de 2016, tal y como consta en el Oficio N°. 201601710775901 del 26 de septiembre de 2016, emitida por la misma entidad demandada.

SEXTO: Desde la fecha en que EL DEMANDANTE, radicó la petición de reconocimiento y pago de su cesantía definitiva y hasta la fecha en que se le hizo efectivo el pago de la misma, transcurrieron un total de 211 días, configurándose una mora en el pago de la cesantía de 115 días.

SÉPTIMO: Acorde con las fechas mencionadas, venció el plazo establecido en la Ley 1071 de 2006, de 65 días hábiles, para proferir la resolución de reconocimiento y hacer efectivo el pago ordenado. Es decir que se excedieron el plazo máximo establecido en la Ley 1071 de 2006 y el artículo 21 de la Ley 1429 de 2010.

OCTAVO: La DEMANDANTE, solicitó, ante el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL BOGOTÁ D.C., mediante Derecho de petición con radicado No. E-2016-128263 del 22 de julio de 2016; para que se profiera el acto administrativo que ordene el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecido en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

NOVENO: En respuesta a la anterior petición la Doctora JANINE PARADA NUVAN, profesional Especializada del Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -. Regional Bogotá D.C., por medio del Oficio N°. S-2016-117655 del 05 de agosto de 2016, manifestó, entre otras, lo siguiente: “(...) Que la competencia de la Secretaría de Educación de Bogotá va hasta el reconocimiento mediante acto administrativo de las prestaciones sociales solicitadas por los docentes, tales como: pensión, cesantías, auxilio y cumplimiento de fallos judiciales que ordenan el ajuste de una pensión o cesantía, mas no el pago de las mentadas prestaciones sociales, y mucho menos el reconocimiento y pago de INTERESES POR MORA, para el caso de los docentes es la Fiduprevisora S.A., como administradora de los recursos de este fondo”. Es decir que con esta respuesta no se da alcance a lo peticionado, respecto a la procedencia de la mora configurándose el Silencio administrativo Negativo, así mismo, señala que no es competente para dar respuesta a lo solicitado, en consecuencia, remite la petición a la FIDUPREVISORA “...por competencia para que resuelva de fondo la petición”.

DÉCIMO: la demandante solicitó a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., por medio de la petición 20160321914762 DEL 22 DE JULIO DE 2016, “Se profiera el acto administrativo que ordene el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006”.

DÉCIMO PRIMERO: La FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., por medio de un oficio N°. 2016017075851 del 26 de septiembre de 2016; señala entre otras, que: “...los intereses por mora en el pago de prestaciones económicas deben ser liquidados y decretados por un juez de la república...”.

DÉCIMO SEGUNDO: El día de noviembre de 2016, la PROCURADURÍA 144 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS expidió CONSTANCIA de agotamiento del requisito de procedibilidad, ya que la diligencia de conciliación fue declarada fallida, según constan en el acta de la misma.

(...)”

1.1.3. Normas violadas.

FC

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 no contestaron la demanda, a pesar que les fue notificado el auto admisorio.

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: Reiteró los hechos y fundamentos contenidos en la demanda. Se refiere a los hechos demostrados en el expediente, en especial, los relacionados con el agotamiento de la actuación administrativa, tanto respecto del reconocimiento de las cesantías como la sanción moratoria por el pago inoportuno de aquellas.

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

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

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer si le asiste derecho o no al 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 Vilma Vivas Castro, prestó sus servicios a la Secretaría de Educación de Bogotá, desempeñándose como docente (considerando 4º resolución N°. 1410 del 04 de marzo de 2016).
2. El demandante mediante petición radicada bajo el N°. 2015-CES-075002 de 16 de diciembre de 2015, solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías (considerando 3º resolución N°. 1410 del 04 de marzo de 2016).
3. Mediante la resolución N°. 1410 del 04 de marzo de 2016, la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva en favor de la señora Vilma Vivas Castro (folios 3-4).

4. El día 18 de julio de 2016, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le pagó a la accionante las cesantías definitivas (folio 6).
5. A través derecho de petición elevado ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG -, el día 22 de julio de 2016, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías reconocidas mediante la resolución N°. 1410 del 04 de marzo de 2016 (folio 8).
6. Igualmente, el día 22 de julio de 2016, en ejercicio del derecho de petición, la señora Vilma Vivas Castro, 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°. 1410 del 04 de marzo de 2016 (folio 12).
7. Mediante Oficio N°. S-2016-117655 de 05 de agosto de 2016, la Dirección de Talento Humano de la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá, le informa al accionante la falta de competencia para conocer de derecho de petición presentado por aquel el día 22 de julio de 2016, y en consecuencia, lo remitió a la Fiduciaria la Previsora por ser de su conocimiento (folios 9-11).
8. La Fiduciaria la Previsora S.A., con oficio N°. 20160171075851 de 26 de septiembre de 2016¹, negó la solicitud de reconocimiento y pago de la moratoria por el pago inoportuno de las cesantías reconocidas mediante la Resolución N°. 1410 del 04 de marzo de 2016.

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 Vilma Vivas Castro ante el Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -, el día 22 de julio de 2016.

Sea lo primero, aclarar que el silencio administrativo conlleva en sí mismo una manifestación negativa o positiva de voluntad de la administración, generada por la

¹ Folio 13-15.

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 22 de julio de 2016 (folio 8), en el cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías reconocidas a la señora Vilma Vivas castro, mediante resolución N°. 1410 del 04 de marzo de 2016 (folios 3-4); 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 definitivas, 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 retroactiva²; b) El de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro³, y c) El de los pertenecientes a fondos privados de cesantías⁴.

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 1990⁵, 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).

² Contenido en la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

³ Establecido en el Decreto 3118 de 1968.

⁴ Contemplado en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 de 1998

⁵ "Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones".

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 la Ley 244 de 1995⁶, 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 2006⁷ en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.

ARTÍCULO 2o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

ARTÍCULO 3o. RETIRO PARCIAL DE CESANTÍAS. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2o de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

- 1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.*
- 2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.*

ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes. Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO. La entidad pública pagadora tendrá un

⁶ "Se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones"

⁷ "Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías"

*plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, **para cancelar esta prestación social**, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

*PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, **un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas**, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este. (Subraya y negrita del Despacho).*

De conformidad con el texto de las disposiciones normativas antes transcritas, es claro que la Ley 244 de 1995, diferencia claramente dos situaciones para efectos de contabilizar los términos a los cuales deben sujetarse las entidades públicas encargadas del reconocimiento del auxilio de cesantías. La primera de ellas se encuentra referida a la expedición del acto administrativo que decide sobre el derecho del servidor al reconocimiento del auxilio monetario aludido y a su liquidación, frente a la cual la ley estipula un término de 15 o 10 días hábiles, según que se presente la documentación completa o no, y la segunda, relativa al pago efectivo por dicho concepto en un plazo perentorio de 45 días hábiles.

En este orden de ideas, se colige que cuando la documentación se presenta completa, el reconocimiento y pago de las cesantías, bien sea para el retiro parcial de cesantías o definitivas, debe obedecer a los siguientes términos:

1. 15 días a partir de la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías para expedir la resolución,
2. 5 días de ejecutoria y (10 días en el CPACA)
3. 45 días para efectuar el pago, para un total de 65 días hábiles.

De lo expuesto, se infiere que el fin del legislador al estipular los anteriores términos, no era otro que el de materializar los postulados constitucionales, referidos al pago oportuno de los salarios, las prestaciones sociales y las pensiones, y pretender evitar que por la ineficiencia de la administración el servidor se vea perjudicado y no reciba a tiempo el auxilio de cesantía que como se sabe es una prestación social que se reconoce en proporción al tiempo de servicio prestado.

Ahora bien, el Consejo de Estado, **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”⁸.
(Negritas fuera del texto original).

En materia de reconocimiento de la sanción moratoria el Consejo de Estado⁹ 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 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*

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 24 de abril de 2008, Rad. N°. 52001-23-31-000-2002-00036-01 (7008-05), Actor: José Antonio Torres Cerón, Demandado: municipio de Albán – Nariño.

⁹ Consejo de Estado, Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación núm. 66001-23-33-000-2013-00189-01. Número interno 1498-14. CP: Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Diva Liliana Diago del Castillo. Demandado: Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Consejo de Estado, Subsección A, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación núm. 66001-23-33-000-2013-00190-01. Número interno 1520-2014. CP: William Hernández Gómez. Actor: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz. Demandado: Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Consejo de Estado, Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación núm. 73001-23-31-000-2013-00192-01. Número interno 0271-14. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Actor: Yaneth Lucía Gutiérrez Gutiérrez. Demandado: Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Ibagué.

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 señaló:

"La creación de regímenes especiales para ciertos sectores tienden a otorgar mayores beneficios y ser más favorables que los establecidos en el régimen general; sin embargo, la Ley 91 de 1989 no pareciera ser más garantista, en lo que concierne al pago de la sanción moratoria. Al evidenciar esta circunstancia, la Sala reafirma que por tratarse de un derecho del cual es sujeto todo trabajador sin distinción alguna, con base en la voluntad misma del legislador, en aplicación de los postulados constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación y a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, a los docentes oficiales les es aplicable el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, que contempla la posibilidad de reconocer a favor de estos la sanción por el pago tardío de las cesantías previamente reconocidas. Esta resulta ser la condición más beneficiosa para los trabajadores docentes del sector oficial y, en esa medida, se adecue mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales.

(...)

La aplicación del régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, a los docentes oficiales, en lo que tiene que ver con el pago de la sanción moratoria, se soporta en argumentos materiales sobre la naturaleza propia de la labor desempeñada por los docentes que les otorga un trato equivalente al de los

empleados públicos, independientemente de que no estén catalogados de manera expresa como tales, y en la intensión misma del legislador de fijar el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 para todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, dentro de los cuales, según lo ha entendido esta Corporación, se entienden incluidos los docentes del sector oficial en razón a sus funciones y características.

Bajo ese entendido, la aplicación de este régimen a los docentes estatales se adecúa a los postulados constitucionales, por las siguientes razones:

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

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

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

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

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

(v) El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.¹⁰

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

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia SU 336/17.

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, observa el Despacho que la señora Vilma Vivas Castro presentó la solicitud de reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas el 16 de diciembre de 2015, y que la entidad mediante resolución N°. **1410 del 04 de marzo de 2016**, expedida por la Secretaria de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, resolvió la petición de la demandante disponiendo reconocer y pagar el derecho pretendido por la accionante.

De lo antes expuesto, y atendiendo a los términos señalados en el acápite que precede, se tiene que al haberse presentado la solicitud de reconocimiento de las cesantías definitivas el día **16 de diciembre de 2015**, la entidad demandada debió reconocer expedir el acto administrativo de reconocimiento a más tardar **08 de enero de 2016**, y el pago se debió haber efectuado por parte de la entidad, teniendo en cuenta los 10 días hábiles de ejecutoria del acto administrativo más los 45 días hábiles a partir de la fecha en que quedó en firme dicho acto, el día **31 de marzo de 2016**.

En presente asunto la parte accionante acreditó que las cesantías definitivas ordenadas en la resolución N°. **1410 del 04 de marzo de 2016**, se pagaron el día **18 de julio de 2016**.

Así las cosas, se colige que en el presente caso la entidad demanda incurrió en mora en el pago de las cesantías de la señora Vilma Vivas Castro desde el **01 de abril de 2016 al 17 de julio del mismo año**, 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 Constitucional¹¹ *"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

¹¹ Sentencia C-448 de 1996.

el periodo referido, desde el **01 de abril de 2016 al 17 de julio del mismo año**, por cuanto solo durante ese periodo se causó la sanción.

Sin embargo, a partir del **18 de julio de 2016** y hasta que se haga efectiva la condena (fecha de ejecutoria), la administración está en la obligación de indexar la suma que resulte deber por concepto de sanción moratoria pues, con el transcurrir del tiempo el valor de dicha sanción ha sufrido una depreciación; diferente hubiera ocurrido si la administración hubiera reconocido y pagado la sanción en el mismo momento en que cesó la mora.

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

Respecto a la prescripción del derecho considera necesario el Despacho tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que al referirse a la prescripción prevé:

“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haga exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

De conformidad con la normatividad anterior, la parte actora contaba con tres (3) años para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de su cesantía parcial. Ahora bien, comoquiera que las cesantías reconocidas en la resolución N°. **1410 del 04 de marzo de 2016**, fueron pagadas solo hasta el **18 de julio de 2016**, y que el derecho de petición a través del cual el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria se radicó el **22 de julio de 2016**, se concluye que no operó el fenómeno jurídico de la prescripción. Se precisa que solo a partir de la fecha de pago puede contarse la prescripción de la sanción moratoria, pues desde allí, es que procede su reconocimiento.

Costas.

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."*

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de "decidir, mandar, proveer", es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecuencial en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones¹² la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración

¹² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CESAR PALOMINO CORTES. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: MANUEL WADIS RODRÍGUEZ JIMÉNEZ. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

* SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D. C., tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: TERESA ELENA SÁNCHEZ BERMÚDEZ. Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES).

* SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: ANA ORFILIA PALACIOS DE MOSQUERA. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP).

mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

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

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho a la 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.

* SECCION CUARTA. Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: COOPERATIVA DE CONSUMO. Demandado: MUNICIPIO DE MEDELLIN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

FALLA

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada.

SEGUNDO: DECLARAR que en el presente caso operó el silencio administrativo negativo frente al derecho de petición presentado el día **22 de julio de 2016**, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –, por la señora VILMA VIVAS CASTRO, identificada con C.C. N°. 41.651.835 expedida en Bogotá D.C., solicitando el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas, conforme lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: DECLARAR la **NULIDAD** del Acto Administrativo Ficto o Presunto negativo, producto del derecho de petición presentado el día **22 de julio de 2016**, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –, por la señora VILMA VIVAS CASTRO, identificada con C.C. N°. 41.651.835 expedida en Bogotá D.C.

CUARTO: CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que a través de la fiduciaria LA PREVISORA S.A., en calidad de administradora de los recursos del Fondo, reconozca y pague a la señora VILMA VIVAS CASTRO, identificada con C.C. N°. 41.651.835 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 **01 de abril de 2016 al 17 de julio del mismo año**, tal y como lo dispone el parágrafo del artículo 2° de la Ley 244 de 1995, modificado por el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE.

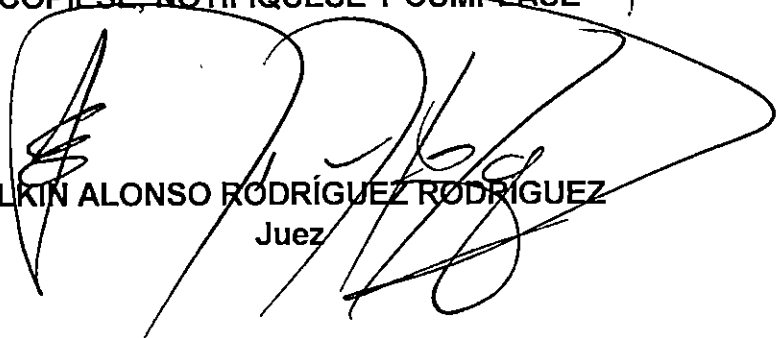
QUINTO: Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

SEXTO: 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.

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

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría, devuélvase al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez