

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CINCUENTA Y CUATRO (54) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C. dieciocho (18) de mayo de dos mil veinte (2020)

Medio de Control	:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto	:	SANCIÓN MORATORIA
Expediente No.	:	11001 33 42 054 2019 00 167 00
Demandante	:	GERMAN YEZID YVEL ABRIL DÍAZ
Demandado	:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Se encuentra el expediente al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso iniciado por la señora GERMAN YEZID YVEL ABRIL DÍAZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 19.473.952, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**. Sin encontrarse causal de nulidad que invalide lo actuado y cumplidos los presupuestos y las ritualidades procesales se procede a efectuar el análisis jurídico del *sub lite*, de la siguiente manera:

1. DEMANDA

1. Pretensiones:

“DECLARACIONES Y CONDENAS:

*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 **No. S-2018-197235 del 20 de noviembre de 2018** no hizo pronunciamiento de fondo a la petición **E-2018- 162642 del 25 de octubre 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, ya que con esta respuesta no se da alcance a lo peticionado, respecto a la procedencia o no de la mora.*

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 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)**.

TERCERO: Solicito que se tenga como configurado el acto ficto o presunto negativo en razón a que la entidad demandada **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, no hizo pronunciamiento de fono a la petición radicada en esa entidad con el número **20180323049142 de 16 de octubre de 2018**, referente al reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en el parágrafo 5 de la Ley 1071 de 2006.

CUARTO: Como consecuencia de la declaratoria descrita en el numeral anterior, solicito se declare la nulidad del acto ficto o presunto negativo, proferido por **LA FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A.**, por la falta de respuesta a la solicitud de 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)**.

QUINTO: Que como consecuencia de la declaratoria de la **NULIDAD del ACTO FICTO PRESUNTO NEGATIVO**, generado como resultado del silencio negativo presentado por la falta de respuesta de fondo a las peticiones No. **E-2018-162642 de 25 de octubre de 2018 y No 20180323049142 de 16 de octubre de 2018**; proferidas por las entidades demandadas, mediante las cuales no resuelven de fondo, o no contestan la petición encaminada al reconocimiento y pago de la sanción por la mora en la expedición en el 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 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 a favor de mi poderdante.

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

SEPTIMO: Se condene en costas las entidades demandadas, incluyendo agencias en derecho las cuales las estimo en tres (3) salarios minimos legales mensuales vigentes – SMLMV – y gastos procesales”. (fs. 1 y 2).

2. Relación Fáctica:

La parte actora procede a enunciar las disposiciones que a su parecer hacen las veces de sustento fáctico a las pretensiones así:

- La accionante con radicado 2017-CES -499225 de 1 de noviembre de 2017, solicitó el reconocimiento y pago de una cesantía definitiva.

- Mediante Resolución No. 2495 de 2 de marzo de 2018, la Secretaría de Educación del Distrito, Dirección de Talento Humano, en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó a la actora la liquidación parcial de cesantías.
- El 29 de mayo de 2018, la Fiduciaria La Previsora S.A. puso a disposición de la accionante la cesantía definitiva.
- Mediante petición con radicado E-2018-162642 de 25 de octubre de 2018, el accionante solicitó ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la sanción por mora, conforme al parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.
- La entidad demandada no dio respuesta de fondo a la petición de la actora.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La entidad demandada contestó la demanda y señaló que el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas de los docentes tienen un procedimiento administrativo especial y que teniendo en cuenta aquello, aunque los actos administrativos que reconocen las cesantías se expiden por las secretarías de educación, ello no implica que el pago sea inmediato pues se encuentra condicionado a turno y disponibilidad presupuestal. En el caso concreto, manifiesta, que la Secretaría de Educación a la cual se encuentra adscrito la demandante, reconoció las cesantías parciales solicitadas atendiendo el turno de radicación y disponibilidad presupuestal, respetando el derecho a la igualdad de que gozan todos los educadores estatales afiliados a FOMAG. No obstante, expresó que no desconoce el precedente jurisprudencial que sobre el tema de sanción moratoria ha establecido el H. Consejo de Estado.

Aseveró que es improcedente la indexación de la sanción moratoria, pues el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que al no tratarse de un derecho laboral sino de una sanción de carácter económico, no es procedente ordenar su ajuste a valor actual, pues se trata de valores monetarios que no tienen la intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo y mucho menos remunerarlo.

Solicita la no condena en costas de la entidad que representa, pues no se presentaron pruebas o fundamento alguno sobre la ocurrencia de alguna actuación que acredite la mala fe de su representada.

Finalmente propuso como excepción la “falta de integración de litisconsorte necesario” (Fls. 58-62)

La Agencia de Defensa Jurídica del Estado mediante memorial de 27 de agosto de 2019, informó al Despacho que no intervendría en el presente caso. (Fl. 44-45)

3. AUDIENCIA INICIAL Y AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y DE JUZGAMIENTO:

Por auto de fecha veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2020) se citó a las partes a audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el día veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020). Dentro de la audiencia se resolvieron las excepciones previas propuestas, se fijó el litigio y se corrió traslado para alegar de conclusión, oportunidad que aprovecharon ambas partes, en los que reiteraron sus argumentos de la demanda y contestación a la misma. (Fls. 77 a 80)

4. CONSIDERACIONES:

1. PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde al Despacho determinar si el demandante, en su calidad de docente oficial, tiene derecho o no al reconocimiento y pago de la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, solicitadas y reconocidas por la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2. ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS.

En el presente caso se controvierte la legalidad del acto ficto o presunto producto del silencio negativo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio frente a la petición radicada por la demandante el día 25 de octubre de 2018 (fl. 20).

Al respecto, tenemos que comenzar diciendo, que el acto ficto o presunto, como su nombre lo indica, es una ficción del legislador que apunta a darle efectos jurídicos al silencio de la Administración, esto es, cuando no efectuó pronunciamiento alguno frente a una petición o no notificó la decisión al interesado.

El silencio administrativo negativo está consagrado en el artículo 83 del Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el sentido de señalar 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 esta es negativa.

Hecha la anterior precisión, se tiene que obra en el expediente copia del derecho de petición radicado por el demandante el día 25 de octubre de 2018, por medio del cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías definitiva; sin embargo, dicha petición no fue resuelta de fondo por la entidad demandada, lo que configura un acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3. MARCO JURÍDICO.

La Ley 1071 de 2006, regula el pago de las cesantías a los servidores públicos, dentro de los cuales están incluidos los docentes.

El artículo 2° de la misma norma estableció que el campo de aplicación sería para todos los servidores públicos incluidos los docentes por tratarse de empleados y trabajadores del Estado.

En efecto, el legislador con la expedición de dicha ley estableció una protección laboral en favor de todos los servidores públicos del Estado, quienes de conformidad con el artículo 123 de la Constitución Política son los *“miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”*.

Si bien es cierto que el régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentra consignado en la Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005 y en la misma se asignó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la obligación de pagar las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, incluidas las cesantías, a través de la entidad fiduciaria contratada - Fiduciaria la Previsora S.A.-, en ella no se reguló la sanción moratoria.

No obstante lo anterior, los docentes son servidores públicos del Estado, y en tal condición, no pueden ser excluidos de la aplicación de la Ley 1071 de 2006 que consagra una protección laboral no reconocida en su régimen especial.

Ahora bien, el auxilio de cesantía es un derecho del trabajador de creación legal, originada de la relación laboral y que tiene como objeto proteger al servidor al momento de quedar cesante, excepto cuando se trata de avances en la cesantía para los fines legalmente establecidos (estudio, vivienda entre otros).

La Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 del 2006, estableció en los artículos 1° y 2° que la entidad pública obligada al pago de la cesantía dispone de un término de quince (15) días hábiles para expedir el acto administrativo que ordene su liquidación, contados a partir del momento en que la documentación requerida para efectos de la liquidación definitiva de cesantía esté completa, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir del momento en que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.

En consecuencia, es indiscutible que una vez quede en firme el acto de reconocimiento de la cesantía (5 días) según el C.C.A. y (10 días) con el C.P.A.C.A, la entidad en el plazo de cuarenta y cinco (45) días debe hacer efectivo su pago y de no hacerlo, empieza a contarse la indemnización moratoria, la cual se estableció en el parágrafo del artículo 2° ya mencionado en los siguientes términos:

“PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parcial 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.” (Negrillas propias).”

Sin embargo, la jurisprudencia ha oscilado entre considerar si la sanción se ocasiona no solo por el pago tardío sino por el reconocimiento que exceda los quince (15) días, que tiene la entidad una vez la documentación esté completa.

Se dijo alguna vez, que se sanciona el no pago, mas no la falta de reconocimiento ya que como el derecho aún no se ha reconocido y solamente se encuentra en discusión, para que la indemnización sea procedente se requiere no solo la mora en el pago del auxilio sino que el derecho a la cesantía no está en discusión, pues lo que se sanciona es la negligencia de la entidad en efectuar los trámites tendientes a la satisfacción de la obligación.

Al respecto, la posición actual del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativo es que se sanciona la negligencia de la entidad, tanto en el reconocimiento como en la satisfacción de la obligación, tal como se indicó en

sentencia proferida el 27 de noviembre de 2007 con Ponencia del Dr. Alfonso Vargas Rincón Rad. 1533-00.

Siguiendo la misma línea el H. Consejo de Estado reiteró la posición en Sentencia de 21 de octubre de 2010, con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren en el expediente con número de radicado 1912-08 y se unificó los criterios de dicha corporación a través de la sentencia SU-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018.

Así las cosas, el Despacho acoge la posición del Consejo de Estado que señala que para el reconocimiento de la sanción moratoria se cuenta no solo el tiempo transcurrido entre la firmeza del acto administrativo de su reconocimiento y el pago que se haga, sino la demora entre la presentación de la solicitud y la expedición del acto que reconoce las cesantías.

Ahora en cuanto al monto del salario que se pagará a título de sanción, se considera únicamente la **asignación básica**, por considerarlo el entendimiento acertado de la norma, pues de otra manera se haría una extensión inaceptable tal y como lo señaló el Consejo de Estado en sentencia del 23 de octubre de 2008, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve dentro del expediente con número de radicado 0730-2007.

4. CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso bajo estudio, encuentra el Despacho que el demandante solicitó el día 1 de Noviembre de 2017, el reconocimiento y pago de unas cesantías definitivas (fl 4), las cuales fueron reconocidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación de Bogotá mediante la Resolución No. 2495 de 2 de marzo de 2018.

Ahora bien, de conformidad con el recibo de pago que obra a folio 19 del expediente, la Fiduprevisora S.A. el día 29 de mayo de 2018 puso a disposición de la demandante el valor adeudado por concepto de cesantías.

De tal suerte que, es menester realizar un estudio frente a los términos señalados en el marco normativo que deben contarse así:

El 1 de noviembre de 2017, la demandante radicó la solicitud de reconocimiento de la cesantía definitiva, de manera que los quince (15) días hábiles siguientes

para que la entidad expidiera el acto administrativo respectivo vencían el 24 de noviembre de 2017, quedando en firme, el 11 de diciembre de 2017, fecha a partir de la cual se da inicio al plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para efectuar el pago de la prestación social, por lo que el pago de la cesantía debió realizarse a más tardar el **15 de febrero de 2018**.

Por consiguiente, es del caso concluir que hay derecho al pago de la sanción moratoria contemplada en el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006 por haber incumplido la entidad con su obligación de pagar en tiempo las cesantías a la demandante, toda vez que transcurrió un término mayor a los setenta (70) días hábiles establecidos para el pago efectivo de esta prestación, puesto que tenía hasta el **15 de febrero de 2018** y el pago se efectuó el día **29 de mayo de 2018**.

No se encuentran prescritas las sumas ordenadas a título de sanción moratoria, pues no transcurrieron más de tres (3) años entre el pago efectivo de las cesantías definitivas (29 de mayo de 2018) y la presentación de la solicitud del pago de la sanción (25 de octubre de 2018), a la luz del artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

4.1. Decisión

De conformidad con las consideraciones anteriores, es procedente declarar la nulidad del acto ficto o presunto producto del silencio negativo de la entidad demandada en relación con la petición radicada por la señora María Eugenia Quiceno Ramírez el día 25 de octubre de 2018.

Como restablecimiento del derecho se condenará a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocer a la accionante la sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas, reconocidas por la entidad demandada, en los términos establecidos en el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, el periodo comprendido entre el **16 de febrero de 2018** y el **28 de mayo de 2018**.

5. INDEXACIÓN

Por último, teniendo en cuenta las manifestaciones de la apoderada demandada en la contestación de la demanda, no se ordenará la indexación de la sanción que se impondrá en esta providencia de conformidad con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018; sin embargo, se reconocerá el ajuste contenido en el artículo 187 del Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en la manera allí dispuesta.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia de veintiséis (26) de agosto de dos mil diecinueve (2019), expediente 68001-23-33-0002016-004059-02 (1728-2018), Consejero Ponente: William Hernández Gómez, dispuso:

*“No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “[...] Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.[...]”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) sí hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia de unificación es la siguiente: **Por lo tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.***

*De lo anterior se colige que **la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse, b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste desde la fecha en que cesa la mora hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia – art. 187- y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se general los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA**” (Negrilla del Despacho).*

Así las cosas, al cumplimiento de esta providencia se deberá ajustar el valor total generado conforme el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A. desde la fecha en que cesó la mora, es decir, el **29 de mayo de 2018 (fl. 19)**, hasta la ejecutoria de la sentencia, en atención a que si bien es cierto la sanción como tal no debe indexarse mientras se causa el pago, la condena si, pues al tenor del artículo citado el ajuste se debe hacer sobre una cantidad líquida de dinero, como en el presente caso ocurre.

6. COSTAS

Así las cosas, considerando que la parte demandada no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en los procesos analizados, y que los argumentos de la defensa estuvieron racionalmente fundamentados en un estudio eminentemente jurídico, no procede la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Cincuenta y Cuatro (54) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la existencia del acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en relación con la petición de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas, elevada por el señor Germán Yezid Abril Díaz el día 25 de octubre de 2018.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio respecto a la petición radicada por la accionante a fin de obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales, de acuerdo al numeral anterior.

TERCERO.- CONDENAR a título de restablecimiento del derecho a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocer y pagar al señor Germán Yezid Abril Díaz, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.473.952, el valor de **102** días del último salario básico devengado debidamente certificado y comprendidos entre **16 de febrero de 2018** y el **28 de mayo de 2018**, por la mora en el pago de la cesantía definitiva reconocida mediante la Resolución No. 2495 de 2 de marzo de 2018 y realizar las acciones pertinentes para que la Fiduciaria La Previsora S.A. efectúe el pago de la sanción ordenada mediante esta providencia.

CUARTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO.- Dese cumplimiento a esta sentencia, dentro de los términos previstos en los artículos **187, 192 y 195** del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

SEXTO.- Sin condena en costas.

SÉPTIMO.- Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría archívese el expediente previa devolución al demandante de los valores consignados para gastos procesales, excepto los ya causados. Déjense las constancias de las entregas que se realicen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


TANIA INÉS JAIMES MARTÍNEZ
JUEZA