

1391

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EXPEDIENTE: 15001-33-33-006-2018-00114-00
DEMANDANTE: MARIA MERCEDES VELA NARANJO
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG
DEPARTAMENTO DE BOYACÁ-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

ACTA No. 0128 de 2019

AUDIENCIA INICIAL ART. 180 C.P.A.C.A.

En la ciudad de Tunja, a los catorce (14) días del mes de noviembre de 2019, siendo las nueve de la mañana (9:00 a.m.), día y hora fijados en la providencia del 11 de octubre del año en curso, el Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja se constituye en audiencia pública para llevar a cabo la diligencia prevista en el artículo 180 del CPACA dentro del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO N° 15001-33-33-006-2018-00114-00** instaurado por la señora **MARIA MERCEDES VELA NARANJO** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**.

Se informa a los asistentes que el orden de la audiencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 180 del C.P.A.C.A., será el siguiente:

1. Verificación de asistentes a la diligencia.
2. Saneamiento del proceso.
3. Resolución de excepciones previas y mixtas.
4. Fijación del litigio.
5. Conciliación.
6. Decreto de Pruebas.
7. Sentencia de primera instancia, si se dan los respectivos presupuestos procesales.

Se advierte a las partes que sus actuaciones procesales deben acatar lo establecido en el artículo 78 del C.G.P., ya que de no observarse sus deberes, se dará aplicación a lo previsto en los artículos 79, 80, 81 y 366 del C.G.P. en concordancia con el artículo 188 del C.P.A.C.A, en caso de que llegasen a proponer excepciones previas, incidentes, recursos o nulidades con mala fe, injustificadamente o de forma temeraria. Lo anterior, conforme a la remisión expresa consagrada en el artículo 306 del C.P.A.C.A.

I. ASISTENTES

En este estado de la diligencia el Despacho concede el uso de la palabra a los asistentes para que indiquen en forma fuerte y clara, su nombre, número de documento de identificación, tarjeta profesional si es el caso y a quién o qué entidad representan.

1.1.-PARTE DEMANDANTE: Apoderado: **JULIAN ANDRES GARCIA CAMARGO**, identificado con C.C. No. 1.049.604.944, y portador de la T.P. No. 210.824 del C.S. de la J.

1.2.- NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: **JENNY CAROLINA RODRIGUEZ TRIANA** identificada con C.C. No. 1.136.881.621 y portadora de la T.P. No. 224.738 del C.S. de la J. El Despacho le reconoce personería jurídica para actuar, conforme al memorial poder allegado a la audiencia.

1.3. -DEPARTAMENTO DE BOYACÁ - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN: Apoderada: **TANIA SAYURY RODRÍGUEZ TRIANA**, identificada con C.C. No. 40.047.132 y portadora de la T.P. No. 130.662 del C.S. de la J.

1.4. MINISTERIO PÚBLICO: PAOLA ROCIO PEREZ SANCHEZ, en calidad de Procuradora 67 Judicial I Para Asuntos Administrativos.

1.5. INASISTENCIAS Y EXCUSAS

Se deja constancia de la inasistencia del **representante de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado**. No obstante lo anterior, se continúa con el orden de la audiencia, pues su inasistencia no impide la realización de la misma, según lo establecido en el inciso 2º del numeral 2º del artículo 180 C.P.A.C.A.

Las partes estuvieron conformes.

II. SANEAMIENTO DEL PROCESO (Art. 180 numeral 5o C.P.A.C.A.)

Se pone en conocimiento de las partes que revisado nuevamente el expediente se constata que éste Despacho es competente para conocer del presente asunto (núm. 2o del art. 155 del C.P.A.C.A.), las partes son capaces (art. 159 ídem y 54 C.G.P.) están debidamente representadas (art. 75 C.G.P.) y la demanda se notificó en debida forma (arts. 171 y 199 C.P.A.C.A., modificado por el 612 del C.G.P), además que se cumplen con los demás presupuestos procesales del medio de control. No obstante, se concede el uso de la palabra a las partes para que se manifiesten si advierten vicio o irregularidad alguna que afecte lo actuado hasta esta etapa procesal

Las partes como el Ministerio Público manifiestan que no advierte vicio o irregularidad alguna, por lo que se continúa con el orden de la audiencia.

III. DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS (Art. 180 numeral 6o C.P.A.C.A.)

3.1 NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOYACÁ

Con las contestaciones de la demanda se propusieron como excepciones las siguientes: "*Falta de legitimación en la causa*", "*Vinculación de Litisconsorte*", "*prescripción*" y "*genérica*" (fls. 41 a 44).

Así las cosas, el Despacho procederá a resolverlas de la siguiente manera:

3.1.1. Falta de legitimidad por pasiva

Tanto el FOMAG como el Departamento de Boyacá propusieron la excepción mixta de **falta de legitimación por pasiva** al considerar que no están obligados frente al reconocimiento y pago de las cesantías parciales reclamadas por la accionante.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que la Ley 91 de 1989 en su artículo 3º creó el FOMAG como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tiene más del 90% del capital.

A su turno, el artículo 9 *ibídem* estableció como obligación del FOMAG el pago de las prestaciones sociales, quedando a cargo su reconocimiento en las entidades territoriales como delegadas. Así lo señala la norma en cita:

"Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que **delegará** de tal manera que se realice en las entidades territoriales." (Negrilla y subrayas fuera del texto).

En ese mismo sentido el artículo 180 de la Ley 115 de 1994 consagra que las prestaciones sociales de los docentes serán reconocidas por intermedio del representante legal del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente y agrega que *"el acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará, además, la firma del Coordinador Regional de Prestaciones Sociales"*.

A su turno, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005¹, dispone:

"Artículo 56. Racionalización de trámites en materia del fondo de prestaciones sociales del magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente**, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial." (Negrillas fuera del texto).

Y el artículo 3º del Decreto 2831 de 2005, consigna:

"Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas**, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, **a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación**, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

PARÁGRAFO 1º. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que

¹ "Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos"

modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO 2o. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo" (Negrillas fuera de texto).

Ahora bien, el Gobierno Nacional a través del Decreto 1075 de 2015² compiló y racionalizó normas de carácter reglamentario que rigen en el sector de la educación y en lo que respecta al trámite de solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del FOMAG lo consagró en sus artículo 2.4.4.2.3.2.1. 2.4.4.2.3.2.2., La anterior normativa fue modificada por el Decreto 1272 de 2018³, al disponer en sus artículos 2.4.4.2.3.2.1. y 2.4.4.2.3.2.2., dicho trámite. Y en lo que respecta al trámite de solicitudes de reconocimiento de cesantías lo consagró en el artículo 2.4.4.2.3.2.25.

Teniendo en cuenta el anterior contexto normativo, no cabe duda que el reconocimiento de las prestaciones sociales está a cargo del FOMAG, y es efectuado por **delegación** a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas.

Sin embargo, como estas disposiciones **no definen la representación judicial de las Secretarías de Educación**, pues tan solo establecen la **delegación de la función administrativa** respecto del reconocimiento de las prestaciones sociales, **ha de entenderse que tal representación se mantiene en cabeza de la Nación – Ministerio de Educación**. Así lo ha entendido el Consejo de Estado:

"En los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio, que profiera el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional. A la Fiduciaria La Previsora S.A. le corresponde ejercer la representación extrajudicial y judicial en los asuntos concernientes al cumplimiento de sus deberes indelegables, tanto los estipulados en el acto constitutivo del fideicomiso como los previstos en el artículo 1234 y demás disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil."⁴ (Se subraya).

Bajo estas consideraciones, es evidente que la representación judicial corresponde a la Nación – Ministerio de Educación, como quiera que el FOMAG no ostenta personería jurídica. Y aunque las Secretarías de Educación de los entes territoriales suscriben el acto que reconoce o niega las prestaciones sociales de los docentes, únicamente actúan por delegación, puesto que el derecho lo otorga el citado fondo.

Por lo expuesto se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por parte del Departamento de Boyacá, **por lo que la entidad territorial será desvinculada del presente asunto**, más no así la del FOMAG, por las razones ya expuestas.

3.1.2. Vinculación de Litisconsorte

El FOMAG a través de su apoderado solicita se vincule a la Fiduciaria la Previsora S.A. por ser la entidad a la cual se le entregó mediante contrato fiduciario la administración de la cuenta

² "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación".

³ "Por el cuao y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones" se modifica el Decreto número 1075 de 2015 –Único Reglamentario del Sector Educación–, se reglamenta el reconocimiento

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del veintitrés (23) de mayo de dos mil dos (2002).- Radicación No. 1423 Consejero ponente: César Hoyos Salazar

constitutiva del FOMAG, de donde se desprende su condición de vocera del patrimonio autónomo respectivo; y de otra, la vinculación de la entidad territorial donde laboraba la demandante, esto es, la Secretaría de Educación Boyacá, por tener bajo su responsabilidad la administración del personal docente.

El artículo 61 del C.G.P. aplicable en materia contencioso administrativa según lo dispone el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, dispone que el litisconsorcio necesario se da en aquellos eventos en que el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos.

En esa medida, se tiene que el artículo 9º de la Ley 91 de 1989, en concordancia con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, así como en el capítulo II del Decreto 2831 del mismo año, compilado por el Decreto 1075 de 2015, disponen que la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá cumple funciones que en principio son propias del Ministerio de Educación Nacional, pero que, se depositan en aquella como una estrategia de regionalización. De manera que la defensa de la legalidad de los reconocimientos y demás decisiones relacionadas con los recursos del FOMAG, es un atributo del órgano central competente y no de la entidad territorial, pues se delega en ella la facultad de elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, pero no la responsabilidad del reconocimiento como tal, tarea asignada por el artículo 56 del Decreto 962 de 2005; si bien, aun cuando la gestión de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales cuyo pago como señalamos se encuentra a cargo a dicha entidad, está se efectúa a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales, previa aprobación de la entidad fiduciaria que se encarga de su pago, lo cierto es que, estas actúan en representación de la Nación – Ministerio de Educación, entidad a la que realmente corresponde la cuenta especial conformada por el FOMAG. Así lo manifestó el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – subsección "A", en sentencia de 21 de noviembre de 2011, Radicación no. 25000 23 25 000 2008 00425 01 (0518-11).

En consecuencia, la entidad territorial no se encuentra obligada a comparecer como listisconsorte necesario al no poderse predicar de ella autonomía en el ejercicio de dicha función, circunstancia esta que se refuerza aún más con los argumentos dados al resolver la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva desatada a favor de la entidad territorial, por lo que se insiste en que el reconocimiento y pago reclamado está a cargo del FOMAG, cuya representación se encuentra en cabeza del Ministerio de Educación Nacional de conformidad con los artículos 3º, 5º y 9º de la Ley 91 de 1989.

Frente a la vinculación de la Fiduciaria la Previsora S.A., el Despacho reitera lo señalado líneas arriba, en cuanto a que es al FOMAG, a quien le corresponde finalmente expedir el acto administrativo por el cual se dispone el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de cesantías reclamada, en virtud de la normativa analizada previamente, por lo que la Fiduprevisora se encarga solamente emitir visto bueno a los proyectos elaborados por dichos entes territoriales, de modo que no se requiere su presencia para resolver el litigio.

3.1.3. Prescripción

Atendiendo la naturaleza accesoria respecto de la prosperidad de las pretensiones de la demanda será objeto de estudio cuando se resuelva el fondo del asunto.

Finalmente, el Despacho considera que fuera de las excepciones planteadas con la contestación de la demanda, no se encuentran otras de la naturaleza de previas o mixtas que deban ser declaradas de oficio dentro del presente asunto.

Lo anterior, sin perjuicio de que en la sentencia se decida sobre cualquier excepción que resulte probada de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

Las partes y el Ministerio Público quedaron notificados en estrados y conformes

IV. FIJACIÓN DEL LITIGIO (Art. 180 numeral 7o C.P.A.C.A.)

Para fijar el litigio objeto de pronunciamiento futuro de este Despacho, es menester recordar a las partes que el apoderado judicial de la señora **MARIA MERCEDES VELA NARANJO** en el libelo introductorio solicitó como pretensiones: **(i)** la declaratoria de existencia del acto ficto o negativo en relación con la solicitud impetrada el día 11 de agosto de 2016, a través de la cual se solicitaba el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006, por pago tardío de cesantías, como su nulidad; **(ii)** Como consecuencia de la anterior, y a título de restablecimiento se ordene el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por pago tardío de cesantías parciales desde el 19 de octubre de 2012 hasta el 18 de septiembre de 2013.

Se indaga a las partes si están de acuerdo con la síntesis efectuada por el Despacho. De acuerdo

Ahora bien, en relación con los hechos en los que la parte demandante sustenta sus pretensiones, de conformidad con lo previsto en el numeral 7º del artículo 180 del C.P.A.C.A., se indaga a las partes en relación con los mismos, aclarando que tal pronunciamiento no es una nueva oportunidad para contestar la demanda sino para lograr consensos.

Así, se concede el uso de la palabra:

Apoderado de la parte actora: Se ratifica en los argumentos expuestos en la demanda.

Apoderado de la parte demandada: Reitera los fundamentos de la contestación de la demanda.

En ese orden de ideas, atendiendo el pronunciamiento de las partes al momento de la fijación del litigio y los documentos allegados al expediente, el Despacho pretende resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Establecer si se dan los presupuestos para declarar la existencia de un acto administrativo ficto o presunto negativo, ante la no respuesta de la petición elevada por la demandante el 11 de agosto de 2016?.

De ser afirmativa la anterior respuesta:

2. ¿Determinar si el acto administrativo ficto o presunto negativo es contrario a la normatividad legal y si hay lugar a disponer su nulidad?

3. ¿Establecer si se debe reconocer en favor de la demandante el pago de la sanción moratoria a que aluden las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 por el pago tardío de la cesantía parcial?

4. ¿Si tal reconocimiento implica además su ajuste conforme a lo previsto en el inciso 4 del artículo 186 del CPACA?

5. ¿Si el reconocimiento efectuado esta afectado bajo el fenómeno jurídico de la prescripción?

6. ¿Si es menester ordenar el reconocimiento y pago de intereses de mora sobre las sumas de dinero reconocidas?

7. ¿Si procede la condena al pago de costas y agencias en derecho?

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente Nº 15001-33-33-006-2018-00114-00
 Demandante: María Mercedes Vela Naranjo
 Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Teniendo en cuenta los problemas jurídicos esbozados, el litigio que debe desatar el Despacho estriba en determinar si el FOMAG incurrió en mora en el pago de las cesantías de la señora **MARÍA MERCEDES VELA NARANJO**. Así mismo, si la demandada está obligada a pagar la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 y las demás pretensiones de la demanda.

Se concede el uso de la palabra a las partes y al Ministerio Público para que se pronuncien sobre lo fijación del litigio expuesta por el Despacho. Estuvieron de acuerdo

V. CONCILIACIÓN (Art. 180 numeral 8o C.P.A.C.A.)

Conforme al artículo 180 No.8 del C.P.A.C.A., que dispone el juez podrá invitar a las partes a conciliar sus diferencias, caso en el cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento, conforme a lo anterior, se le concede el uso de la palabra a las partes para verificar si existe ánimo conciliatorio y si en el presente caso la entidad accionada se reunió con el comité de conciliación, para lo cual deberá allegar el acta de conciliación emitida por dicho comité.

Se le concede el uso de la palabra la **apoderada de la parte demandada**, quien manifiesta: Allega acta con voluntad de conciliación de acuerdo a la política de la entidad.

Apoderado de la parte actora: Solicita se declare fracasada la etapa conciliatoria, dado que no existe certeza sobre el valor conciliado..

Ministerio Público: Indica que lo que existe es una política general de la entidad mas no una propuesta de conciliación específica para el caso debatido. Solicita se declare fracasada esta etapa y se continúe con el trámite de la audiencia.

Se deja constancia de la incorporación del acta presentada por la apoderada de la entidad demandada.

Así mismo, que una vez escuchadas las partes y en atención a que no existe ánimo conciliatorio, el Despacho declara fracasada esta fase de la audiencia, y en consecuencia se ordena seguir con el trámite correspondiente. Así mismo y por Secretaría del Despacho se efectuará un llamado de atención al Comité de Conciliación del FOMAG, por incumplir sus deberes legales en cuanto en esta etapa de la audiencia, esto es el de estudiar concreta y detalladamente una propuesta de conciliación a analizar en el desarrollo de la diligencia.

Las partes y el Ministerio Público quedaron notificados en estrados y conformes.

VI. MEDIDAS CAUTELARES (Art. 180 numeral 9o C.P.A.C.A.)

Con la demanda no se solicitaron medidas cautelares y tampoco durante el trámite de la audiencia.

Las partes y el Ministerio Público quedaron notificados en estrados y conformes

VII. DECRETO DE PRUEBAS (Art. 180 numeral 10 C.P.A.C.A.)

7.1. PARTE DEMANDANTE

DOCUMENTALES APORTADAS

Téngase como pruebas con el valor que por ley les corresponda a los documentos relacionados en el acápite de pruebas y vistos a folios 10 a 22 del expediente.

7.2. PARTE DEMANDADA

SOLICITADAS MEDIANTE OFICIO

Niéguese la solicitud presentada en el acápite denominado "pruebas", de que *se oficie a la entidad demandada para que allegue copia autentica, integra y legible del expediente administrativo relacionado con la solicitud de las cesantías*, lo anterior, teniendo en cuenta que con la demanda se allegó copia del acto administrativo a través del cual se reconoció las cesantías parciales a la demandante, copia de certificado expedido por el Banco Agrario, mediante la cual se verifica la fecha en la que se realizó el pago de las cesantías, constancia de la petición a través de la cual la demandante solicitó el pago de la sanción por retardo en el pago de sus cesantías, documentos que este Despacho considera suficientes para abstenerse de oficiar a la Secretaría de Educación Departamental.

7.3. PRUEBAS DE OFICIO

El Despacho considera que es innecesario decretar pruebas en el presente caso, de conformidad con lo previsto en el numeral 10º del artículo 180 del C.P.A.C.A.

Las partes y el Ministerio Público quedaron notificados en estrados y conformes

VIII. PRESCINDIR DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS (Art. 179 C.P.A.C.A.)

Atendiendo a que el asunto sometido a consideración del Juzgado es de puro derecho, y que las pruebas obrantes en el expediente son suficientes para proferir decisión de fondo, el Despacho dará aplicación al inciso final del artículo 179 del C.P.A.C.A., para lo cual se prescinde de la audiencia de pruebas, se procede a escuchar los alegatos de conclusión expuestos por las partes y dictar sentencia.

Las partes y el Ministerio Público quedaron notificados en estrados y conformes

IX. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN (Art. 179 inciso final C.P.A.C.A.)

El Despacho concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión:

Apoderado de la parte actora: Minuto 0:49:50 a 0:51:19

Apoderado de la parte accionada: Minuto 0:51:20 a 0:52:51

Ministerio Público: Minuto 0:53:00 a 0:56:00

El Despacho previo a resolver de fondo del asunto suspende la audiencia por diez minutos con el fin de aclarar unos conceptos. Evacuado el tiempo previsto se reanuda la audiencia.

XI. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Escuchados los alegatos presentados, de conformidad con el artículo 179 y 187 del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación.

10.1. Problema jurídico a resolver

Conforme se expuso en la fijación del litigio, el presente asunto se contrae a determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías de conformidad con las previsiones contenidas en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006; o si por el contrario, no hay lugar a su reconocimiento.

Para resolver el anterior interrogante el Despacho aplicará la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018 proferida por el Consejo de Estado con el fin de estudiar los siguientes *ítems*: **(i)** Régimen jurídico de las cesantías de los docentes oficiales; **(ii)** Sanción Moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales - marco jurídico y jurisprudencial; **(iii)** De la aplicación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías a los docentes oficiales; **(iv)** Reconocimiento de cesantías en el sector docente **(v)** Salario base de liquidación de la sanción moratoria; **(vi)** Procedencia de la indexación en la sanción moratoria; **(vii)** De la existencia del acto administrativo ficto negativo **(viii)** caso concreto.

10.2. Régimen jurídico de las cesantías de los docentes oficiales

Los docentes afiliados al FOMAG se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en el cual se previó un sistema de retroactividad para los docentes nacionalizados⁵ vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, y el anualizado sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, para los nacionalizados vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990 y aquellos del orden nacional⁶, así:

“Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...)

3. Cesantías: A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.”

Ahora bien, pese a que allí no se señaló el régimen aplicable a los docentes que la misma norma calificó como territoriales, lo cierto es que el artículo 4 *ibídem* creó el FOMAG para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la ley, con observancia del régimen ya señalado y de los que se vincularan con posterioridad a ella.

De lo anterior se colige que: i) los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 -lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal

⁵ Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975. Numeral 2. Art. 1. Ley 91 de 1989.

⁶ Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional. Numeral 1. Art. 1 Ley 91 de 1989.

calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales-, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Valga decir que la disposición en cita nada establece sobre la sanción por la mora en la cancelación de dicha prestación social.

10.3. Sanción Moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales - Marco jurídico y jurisprudencial

La Ley 244 de 1995⁷ estableció, la obligación de la entidad empleadora de realizar la liquidación y el reconocimiento de la prestación social en el evento en que el servidor público llegare a quedar cesante, con el propósito atender sus necesidades básicas (cesantías definitivas); o durante la vigencia de la relación laboral (cesantías parciales), relacionados con educación, mejoramiento o compra de vivienda.

Posteriormente la Ley 244 de 1995 fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006⁸, la cual en su artículo 2º, consagra como destinatarios de ella a todos los servidores del Estado, sin excepción al disponer:

“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”.

Esta normativa establece igualmente, en el artículo cuarto y quinto el procedimiento que debe adelantar la administración a efectos de liquidar el auxilio de las cesantías definitivas o parciales, así:

“Artículo 4. 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”. (Subrayado fuera de texto).

Una vez proferida la resolución de liquidación de cesantías, el artículo quinto de la norma en cita, establece el término dentro del cual se deberá efectuar el pago:

“Artículo 5º 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”. (Subrayado fuera de texto).

Ahora, en caso de incumplimiento por parte de la administración en el pago de las cesantías, el parágrafo del artículo quinto de la referida ley, dispone:

⁷ Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones

⁸ Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995

"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." (Subrayado fuera de texto).

De las disposiciones en cita queda claro que frente al reconocimiento y pago de cesantías definitivas o parciales, se establece la obligación por parte de la administración de expedir de forma expedita la resolución, y de efectuar el pago oportuno que a ello corresponda; so pena del pago de sanción moratoria por su retardo.

10.4. Sanción moratoria por pago tardío de las cesantías a los docentes oficiales – Sentencia de Unificación proferida por el Consejo de Estado el 18 de julio de 2018.

Toda vez que la Ley 91 de 1989 no previó sanción por la mora en el pago de las cesantías de los docentes, ni las Leyes 244 de 2005 y 1071 de 2006 señalaron expresamente que la sanción moratoria de las cesantías debía también aplicarse a los docentes, surge el interrogante acerca de si los docentes tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad.

El Consejo de Estado en reciente providencia⁹ zanjó la discusión en sentencia de unificación y para el efecto fijó las siguientes reglas jurisprudenciales:

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

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

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley¹⁰ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

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

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

⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018. Radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01.

¹⁰ *Artículos 68 y 69 CPACA.*

Las reglas citadas, se pueden sintetizar mejor aún en el siguiente cuadro explicado igualmente en la sentencia de unificación:

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el cómputo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ¹¹	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

10.5. Reconocimiento de cesantías en el sector docente

La Ley 962 de 2005, estableció en el artículo 56 que las prestaciones sociales de los afiliados al FOMAG, serán reconocidas y pagadas por dicho fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre los recursos de este patrimonio autónomo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente.

En cuanto al trámite que se debe seguir para el reconocimiento de prestaciones sociales de docentes el Decreto 2831 de 2005, dispuso en sus artículos 2º, 3º (numerales 3º y 5º), 4º y 5º lo siguiente:

“Artículo 2º. Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto

¹¹ Se consideran los supuesto de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. [...]

Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces. Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá: (...)

3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo. (...)

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme (...).

Artículo 4°. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

Artículo 5°. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley."

En los términos analizados por el Consejo de Estado se tiene que para el reconocimiento y pago de las prestaciones de los afiliados al FOMAG, el Decreto Reglamentario 2831 de 2005, previó unos términos especiales, que se resume a continuación en la siguiente tabla:

	Trámite	Entidad encargada	Término
1	Radicación de la petición de cesantías parciales o definitivas	Secretaría de educación de la entidad territorial certificada a la que se encuentre vinculado el docente.	
2	Elaboración del proyecto de acto administrativo y remisión a la sociedad fiduciaria	Secretaría de educación territorial	Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la radicación de la petición
3	Aprobación o razones para improbarla	Sociedad fiduciaria	Dentro de los 15 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución
4	Suscribir la resolución y efectuar la notificación.	Secretario de educación territorial.	Dentro del término previsto en la ley.
5	Remisión a la sociedad fiduciaria de la copia de los actos administrativos de reconocimiento, junto con la constancia de ejecutoria.	Secretaría de educación territorial.	Dentro de los 3 días siguientes a la firmeza del acto administrativo.

Y en consideración a que el Decreto 2831 de 2005 estableció un procedimiento especial referente a los términos previstos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, (como la cesantía) y que claramente difiere con el establecido en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, la Alta Corporación en la sentencia de unificación mencionada, concluyó:

"Por consiguiente, se tiene que dado que la Ley 1071 de 2006¹² fue expedida por el Congreso de la República, órgano al que por mandato constitucional le corresponde hacer las leyes¹³, y de otro lado, el Decreto 2831 de 2005 por el presidente en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, quien ejerce las funciones de Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa¹⁴, dicha ley prevalece sobre el decreto reglamentario y en tal virtud, deberá aplicarse tal disposición legal en lo concerniente a los términos para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas de docentes, dada su naturaleza jurídica de servidores públicos, así como la sanción moratoria.

Bajo las anteriores consideraciones, no es posible aplicar simultáneamente el Decreto 2831 de 2005 para el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y de la Ley 1071 de 2006 para la sanción moratoria en el evento en que la entidad pagadora incumpla el plazo, pues ello desconocería la jerarquía normativa de la ley sobre el reglamento.

10.6. Salario base de liquidación de la sanción moratoria

El Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo también se pronunció sobre éste aspecto, en asuntos en lo que se debate la consignación tardía del auxilio de cesantías de un empleado público beneficiario del sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990, reiterando la regla expuesta en sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 de 2016, según la cual corresponde al devengado por el empleado al momento en que se produce el retardo, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías sucesivos, la asignación salarial cambia por cada anualidad.

Precisó que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales, será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el pago para cada anualidad, dado que el incumplimiento del empleador, se puede extender en el tiempo al comprender una o más anualidades.

Y en lo que se refiere a la sanción moratoria originada por el incumplimiento de la entidad pública frente a las cesantías definitivas, sostuvo la citada corporación que la asignación básica salarial que se debe tener en cuenta, será la percibida para la época en que finalizó la relación laboral, en tanto, al momento en que se produce el retiro del servicio, surge la obligación de pagarlas.

En suma, y en contexto del Consejo de Estado el salario base de liquidación de la sanción moratoria se puede explicar de la siguiente manera:

RÉGIMEN	BASE DE LIQUIDACIÓN DE MORATORIA (Asignación Básica)	EXTENSIÓN EN EL TIEMPO (varias anualidades)
Anualizado	Vigente al momento de la mora	Asignación básica de cada año
Definitivo	Vigente al retiro del servicio	Asignación básica invariable
Parciales	Vigente al momento de la mora	Asignación básica invariable

¹² Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

¹³ Artículo 150 de la Constitución Política.

¹⁴ Artículo 189 *ibidem*.

10.7. Procedencia de la indexación en la sanción moratoria

En cuanto a la procedencia de la indexación de la sanción moratoria, el Consejo de Estado también sentó jurisprudencia reiterando su improcedencia, al sintetizar:

"al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo".

Y más adelante agregó:

" (...) en juicio de la Sala para justificar la indexación de la sanción por mora en el pago de las cesantías, no es viable acudir al contenido del último inciso del artículo 187 del CPACA, según el cual, «Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el índice de precios al consumidor», pues en estricto sentido, la sentencia no reivindica ningún derecho ni obligación insatisfecha, erigiéndose como generadora de un beneficio económico para el demandante cuya única causa fue la demora en el pago de una prestación"

191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prologado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA".

En síntesis, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A. es improcedente la indexación de la sanción moratoria.

10.8. Existencia del acto administrativo ficto negativo

Con la figura del silencio administrativo negativo se busca que el administrado pueda demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que le sea resuelta la situación sin que deba esperar de manera indefinida una solución al respecto, y de esta manera poderle garantizar la efectividad de sus derechos, así lo prevé el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

"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 ésta es negativa.

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que ésta 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.

Entonces, conforme a lo anterior, cuando transcurren más de tres (3) meses sin que la administración hubiera dado respuesta a una petición, se configura la existencia del acto administrativo ficto negativo en relación con la misma, resultando procedente concurrir a la jurisdicción en la búsqueda de su declaración, así como su nulidad. En todo caso, la entidad correspondiente goza con la posibilidad de resolver la petición o el recurso correspondiente mientras no se hubiere notificado la admisión de la demanda.

10.9. Análisis al caso concreto

Conforme a las reglas jurisprudenciales fijadas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018 el Despacho realizará el análisis del caso. Para lo cual se encuentra acreditado en el expediente lo siguiente:

La señora **MARÍA MERCEDES VELA NARANJO** docente departamental, mediante solicitud radicada bajo el número 2012-CES-019448 del 13 de julio de 2012, presentó solicitud de retiro parcial de cesantías, según consta en la Resolución No.001176 del 25 de febrero de 2013 (fls. 11-13).

Mediante Resolución No.001176 del 25 de febrero de 2013 el FOMAG reconoció y ordenó el pago de las cesantías parciales a favor de la demandante (fls. 11-13).

Las cesantías parciales de la demandante fueron consignadas en el **BANCO AGRARIO** y pagadas el día 18 de septiembre de 2013 (fl. 15)

La señora **MARÍA MERCEDES VELA NARANJO** el 11 de agosto de 2016 presentó petición, tendiente a que se reconociera a su favor la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías; frente a la cual, la entidad permaneció silente configurándose el acto administrativo ficto o presunto por silencio administrativo negativo (fls. 16-19).

De conformidad con lo señalado y acatando el precedente jurisprudencial citado, se encuentra probado que los plazos descritos transcurrieron para el caso bajo examen de la siguiente manera:

Término	Fecha	Caso concreto
Fecha de reclamación de las cesantías parciales.	13/07/2012	Fecha de reconocimiento: 25 de febrero de 2013 Resolución No. 001176 de 2013.
Vencimiento del término para el reconocimiento - 15 días (Art. 4 L. 1071/2006)	06/08/2012	Fecha de pago: 18 de septiembre de 2013 (fl. 15)
Vencimiento del término de ejecutoria - 10 días (Arts. 76 y 87 CPACA)	22/08/2012	Período de mora: 26/10/2012 - 17/09/2013
Vencimiento del término para el pago - 45 días (Art. 5 L. 1071/2006)	25/10/2012	

En suma, el Despacho encuentra acreditado que la administración incurrió en tardanza tanto para la expedición de la resolución de reconocimiento de las cesantías parciales de la señora **MARÍA MERCEDES VELA NARANJO**, como en su pago, conforme se explicó.

De esta manera tenemos que la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías parciales por parte del **FOMAG** a la docente **MARÍA MERCEDES VELA NARANJO**, **procede desde el 26 de octubre de 2012 (día siguiente a la fecha en que finalizaron los 70 días que contempla la norma para efectuar el pago de la prestación); y hasta el 17 de septiembre de 2013 (día anterior a la fecha en que se consignaron las cesantías).**

En este punto ha de precisar el Despacho, que aunque la entidad haya resuelto la petición de reconocimiento de cesantías a través de la Resolución 001176 de 2013 y que contra ésta se haya interpuesto recurso de reposición que fue desatada por la Resolución 003887 del 5 de julio de 2013, en nada afecta la sanción por mora en el pago, toda vez que de acuerdo con el marco normativo analizado en precedencia y la línea jurisprudencial ya citada, la entidad tiene un plazo de 70 días para proceder con su pago a partir de la solicitud de reconocimiento.

En cuanto a la asignación básica para la liquidación de la sanción moratoria, tal como se indicó líneas arriba, se aplica la regla jurisprudencial consistente en que se debe tener en cuenta la **asignación básica** devengada por el servidor público para el momento en que se causa la mora por el pago para cada anualidad, dado que el incumplimiento del empleador se extendió en el tiempo comprendiendo en la anualidad 2013.

10.9. Prescripción

Establecido el derecho que le asiste a la demandante, se torna procedente abordar el estudio de la prescripción, frente a lo cual en lo pertinente el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

"1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, por un lapso igual".

En consonancia con la norma transcrita, los derechos o prestaciones que no son reconocidos por la entidad obligada a su pago pueden ser reclamados por el sujeto afectado desde el momento a partir del cual se hacen exigibles, sin superar el término trienal.

Para el caso debatido, la demandante a través de su apoderado radicó petición tendiente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías el día 11 de agosto de 2016 (fls. 16-18); el FOMAG procedió con el pago el 18 de septiembre de 2013.

Teniendo en cuenta lo anterior, da cuenta el Despacho que en el caso *sub examine* se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción, respecto del tiempo comprendido entre el **26 de octubre de 2012** (fecha límite con que contaba el FOMAG para el pago de la sanción moratoria) hasta el **11 de agosto de 2013** (fecha de tres años con anterioridad a la fecha de radicación de la solicitud), por lo que en este caso se cumplen los presupuestos de la norma transcrita para la declaratoria del fenómeno jurídico de la prescripción, pues transcurrieron más de 3 años desde su causación.

El orden a lo expuesto, la demandante tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías desde el **26 de octubre de 2012 al 17 de septiembre de 2013**, pero sus efectos fiscales o su pago se surten desde el **11 de agosto al 17 de septiembre de 2013**, para un total de **38 días calendario**, por lo que la demandante conforme a la Ley 1071 de 2006 tiene derecho a que se le pague un día de salario por cada día de retardo en dicho periodo.

En este punto, advierte el Despacho que **la sanción moratoria que se reconoce se contabiliza en días calendario**, por las siguientes razones: (i) el reconocimiento de las sanciones, no pueden suspenderse en días inhábiles, sino que por el contrario transcurren sin distinción de días; (ii) el salario de los servidores públicos se causa y se paga mes completo (30 días), por lo cual, se entiende que el cómputo para liquidar la sanción moratoria hace referencia a este mismo término, sin hacer distinción entre días hábiles o calendario; (iii) una vez se reconocen las cesantías el docente beneficiario en aplicación del principio de buena fe, puede disponer de su utilización a partir del día siguiente al que dispone la ley, sin importar si se trata de días hábiles o inhábiles pues de lo contrario se afectarían sus derechos, en razón a ello no se puede distinguir el tipo de días en que aplica la sanción; (iv) en aplicación del denominado *indubio pro operario*, ante una duda interpretativa de una norma, se debe optar por la que resulte más favorable al trabajador, en ese orden, en el presente asunto resulta más beneficiosa al trabajador la interpretación según la cual, la sanción moratoria debe liquidarse en días calendario o corridos, conteo que coincide con el efectuado por el Tribunal Administrativo de Boyacá¹⁵ cuando resuelve asuntos de similares contornos al aquí debatido.

¹⁵ Sentencia del 28 de mayo de 2019 del Tribunal Administrativo de Boyacá –Sala de Decisión No. 1 – Rad. No. 150013333010-201200061-03. M.P. Iván Afanador García; Sentencia del 30 de mayo de 2019 del Tribunal Administrativo de Boyacá –Sala de Decisión No. 3 – Rad. No. 152383333001201700233-01. M.P. Clara elisa Cifuentes Ortiz; Sentencia del 14 de marzo de 2019 del Tribunal Administrativo de Boyacá –Sala de Decisión No. 6 – Rad. No. . 150013333004-201700089-01. M.P. Felix Alberto Rodríguez Riveros; Sentencia del 26 de junio de 2019 del Tribunal Administrativo de Boyacá –Sala de Decisión No. 5 – Rad. No. . 150013333001-201700133-01. M.P. Oscar Alfonso Granados Naranjo; Sentencia del 11 de septiembre de 2018 del Tribunal Administrativo de Boyacá –Sala de Decisión No. 4 – Rad. No. . 150013333005-201500187-02. M.P. José Ascención Fernández Osorio.

En sentencia del 27 de agosto de 2019¹⁶ señaló la Alta Corporación:

"(...) (...)Siguiendo las reglas establecidas por el consejo de Estado, en la sentencia de unificación ya referida, tomando en cuenta el término que tenía la entidad para dar respuesta y surtir el pago, contando los **70 días** aludidos en precedencia, después de radicada la solicitud, el plazo se venció el **9 de marzo de 2016**, quedando a simple vista verificado, que existió una mora de **366 días calendario** (...) (...) ""(...) (...)Conforme lo anterior, esta instancia no atenderá el argumento plasmado por el agente del ministerio Público, referente a que la mora existió por el lapso de 359 días y no 366 días como lo calculó el a quo, ya que los términos se deben contar calendario y no hábiles. 26 (...) (...)"; (v) Así mismo, debe señalarse que el Consejo de Estado de tiempo atrás (2012)¹⁷ ha manifestado que "la entidad que incurra en mora en el pago efectivo de las cesantías deberá cancelar al interesado, a título de indemnización moratoria, una suma equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago, hasta cuando se produzca el pago efectivo, sin que en dicho cómputo se distingan días hábiles o inhábiles, por lo que deberán utilizarse días calendario." Postura reiterada en sentencia del 27 de julio de 2017¹⁸ en la cual señaló "... una vez en firme dicho acto administrativo, el empleador tiene un plazo de 45 días hábiles para realizar el pago (para un total de 65 días hábiles), y si no lo hace, desde el día siguiente correrá la sanción moratoria- en días calendario-"

Así las cosas, queda claro que la contabilización del término de la mora, debe efectuarse en días calendario.

En ese orden de ideas, debe proceder el Despacho a declarar la existencia del acto ficto o presunto originado en la falta de respuesta a la petición elevada por la demandante el 11 de agosto de 2016, a través de la cual solicitó el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, lo anterior, toda vez que pasado el término que prevé el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011, la entidad demandada permaneció silente, configurándose la génesis del acto administrativo ficto o presunto.

Igualmente, se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, toda vez que, de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia analizada, se advierte que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, por lo que se declarará la nulidad del mismo.

10.10. Costas

Respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del C.P.A.C.A., establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

No obstante atendiendo a que las pretensiones prosperaron parcialmente, pues no se condenará a la entidad en la forma indicada por la parte actora, el Despacho se abstendrá de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del CGP.

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A:

Primero.- DECLARAR la existencia del acto ficto o presunto derivado de no haberse resuelto la petición elevada por la actora el 11 de agosto de 2016, a través de la cual solicitó el pago de la

¹⁶ Sentencia del 27 de agosto de 2019 del Tribunal Administrativo de Boyacá –Sala de Decisión No. 4 – Rad. No. . 150013333007-201700168-01. M.P. José Ascención Fernández Osorio.

¹⁷ Sentencia del 22 de noviembre de 2012 del Consejo de Estado- *Sección Tercera- Subsección B-. Rad. 25000-23-26-000-2000-01407-01(24872)*

¹⁸ Sentencia del 27 de julio de 2017 Consejo de Estado- Rad. 73001-23-333-000-2013-00246-01-C.P. Carmelo Perdomo Cueter

sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Segundo.- DECLARAR la nulidad del acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo que se originó por no haberse resuelto el derecho de petición elevado por la señora **MARÍA MERCEDES VELA NARANJO** el 11 de agosto de 2016, por la cual solicitó el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

Tercero.- DECLARAR probada parcialmente la excepción la prescripción respecto de la sanción moratoria comprendida entre el **26 de octubre de 2012 al 11 de agosto de 2013**, por lo expuesto en la parte motiva.

Cuarto.- Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que reconozca a favor de la señora **MARÍA MERCEDES VELA NARANJO** identificada con cédula de ciudadanía No. 24.197.016, la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías a razón de un día de salario por cada día de retardo, desde **26 de octubre de 2012 al 17 de septiembre de 2013. Sin embargo sus efectos fiscales o su pago corresponderá al tiempo comprendido entre el 11 de agosto de 2013 (día siguiente a la fecha en que operó el fenómeno jurídico de la prescripción); hasta el 17 de septiembre de 2013 (día anterior a la fecha en que se consignaron las cesantías).**

La liquidación se efectuará con base en la asignación básica devengada por la actora para la anualidad 2013 (**38 días**), como se señaló en precedencia.

Quinto.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

Sexto.- Sin condena en costas, conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.

Septimo.- El presente fallo deberá cumplirse en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

Octavo.- Cumplido lo anterior, archívese el expediente y déjese las anotaciones en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI". Si existe excedente de gastos procesales devuélvase a los interesados.

Las partes quedan notificadas en estrados de conformidad con el artículo 202 del CPACA.

- **Apoderado parte demandante:** Sin recursos.
- **Apoderada parte demandada:** Sin recursos.
- **Ministerio Público:** Conforme.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada siendo las 10:59 a.m. y se firma por quienes intervinieron en ella.

HERVERTH FERNANDO TORRES OREJUELA
 Juez

PAOLA ROCÍO PÉREZ SÁNCHEZ
 Ministerio Público

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente Nº 15001-33-33-006-2018-00114-00
Demandante: María Mercedes Vela Naranjo
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio



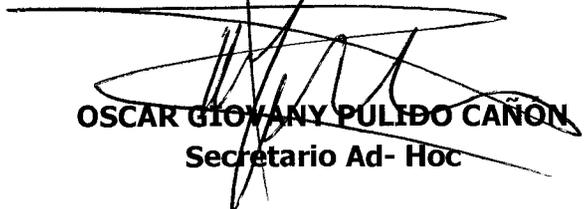
JULIAN ANDRES GARCIA CAMARGO
Apoderado de la parte actora



JENNY CAROLINA RODRIGUEZ TRIANA
Apoderado FOMAG



TANIA SAYURY RODRÍGUEZ TRIANA
Apoderada Departamento de Boyacá



OSCAR GIOVANY PULIDO CAÑON
Secretario Ad- Hoc