

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.**

**SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., trece (13) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

**Radicado:** 11001-33-35-009-2019-00466-00  
**Naturaleza:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Demandante:** XIOMARA PARRADO  
**Demandado:** NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG

---

Están las diligencias al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponde, en los términos del artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, en el proceso iniciado por la señora Xiomara Parrado contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG.

## **I. Antecedentes**

### **1.1. La demanda y su contestación**

#### **1.1.1. Pretensiones**

Según el libelo inicial, la parte actora en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), pretende la nulidad del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio de la administración frente a la petición radicada el 26 de septiembre de 2018, a través de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

Como consecuencia de lo anterior y, a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la entidad demandada: **i)** reconocer y pagar la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, a razón de un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías; **ii)** dar cumplimiento al fallo en los



términos del artículo 192 del CPACA y, **iii)** reconocer y pagar intereses moratorios y se condene en costas a la parte demandada.

### **1.1.2. Fundamentos fácticos**

Narró que, mediante petición radicada el 12 de julio de 2017, solicitó ante el FOMAG el reconocimiento y pago de sus cesantías, prestación que fue reconocida a través de la Resolución No. 1871 del 26 de febrero de 2018 y efectivamente pagada el 26 de abril de 2018, es decir, por fuera del plazo de setenta (70) días previstos por la ley para el efecto, por lo que, el 26 de septiembre de 2018, solicitó la sanción moratoria correspondiente, sin obtener respuesta de fondo.

### **1.1.3. Fundamentos de derecho.**

El extremo activo invocó como normas violadas los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1º y 2º de la Ley 244 de 1995; y 4º y 5º de la Ley 1071 de 2006.

Explicó que, mediante las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 el legislador reguló la situación relacionada con el pago de las cesantías parciales y definitivas de todos los servidores y estableció como términos perentorios para su reconocimiento, 15 días para la expedición del acto administrativo y 45 días para el pago efectivo; sin embargo, jurisprudencialmente se ha dicho que, en todo caso, el pago no puede superar los 65 días hábiles, so pena de incurrir en sanción por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo.

Señaló que, en los términos de la Ley 91 de 1989, la entidad competente para reconocer y pagar tanto las cesantías como la sanción moratoria es el FOMAG y, finalmente, citó sentencias proferidas por el Consejo de Estado para respaldar sus argumentos.

### **1.1.4. Escrito de contestación.**

El apoderado de la entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones; explicó las competencias del FOMAG a la luz de la Ley 91 de 1989 y precisó que, dentro de las competencias atribuidas por el Decreto 2831



de 2005, se encuentra la atención a las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales del Magisterio, que se realizará a través de las Secretarías de Educación certificadas a cuya planta de docentes pertenezca o haya pertenecido el solicitante; estas Secretarías de Educación, a su vez, al momento de expedir los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas, deben atender al turno de radicación de las solicitudes de pago y a la disponibilidad presupuestal que haya para tal fin.

Citó la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 18 de julio de 2018, en torno al tema, y señaló que ante el incumplimiento de los referidos términos, el FOMAG debe pagar la sanción moratoria; no obstante, el referido Fondo es una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica por lo que actúa a través de la entidad territorial delegada y, en esa medida, es dicha entidad territorial la encargada de tramitar las solicitudes de prestaciones económicas de los docentes afiliados al Fondo.

Finalmente, propuso como excepciones:

- **Improcedencia de condena en costas:** al considerar que no se encuentran debidamente probadas como lo prevé el CGP; además, esta condena no es objetiva, sino que se debe demostrar la mala fe, sin que en el presente asunto se haya desvirtuado.

De otro lado aportó como anexos, una certificación de pago de cesantías expedida el 25 de febrero de 2021, por el Fondo de Prestaciones del Magisterio – Fiduprevisora S. A.<sup>1</sup>, en la cual se hace referencia a:

*En atención a su solicitud de la referencia, cordialmente nos permitimos certificar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio programó pago de Cesantía DEFINITIVA reconocida por la Secretaria de Educación de BOGOTÁ D.C., al docente PARRADO XIOMARA identificado con CC No. 52496674, Mediante Resolución No. 7773 de fecha 25 de Octubre de 2016, quedando a disposición a partir del 28 de Diciembre de 2016 por valor de \$1,240,587, a través del Banco BBVA COLOMBIA por ventanilla, en la Sucursal CENTRO DE SERVICIOS CALLE 43 - BTA.*

---

<sup>1</sup> Archivo No. 11 del expediente digital



## 1.2. Trámite procesal

La demanda fue radicada el 19 de noviembre de 2019; mediante proveído del 27 de enero de 2020 se inadmitió la demanda, y se requirió a la parte actora que aportara un poder otorgado con posterioridad a la configuración del acto ficto que se demanda; una vez se acreditó lo solicitado, el Despacho mediante auto del 08 de septiembre de 2020 admitió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG.

Posteriormente, la entidad demandada presentó contestación de la demanda en los términos previstos por la ley, y sustentada en los argumentos expuestos anteriormente; y el Despacho en auto del 08 de noviembre de 2021, tuvo por contestada la demanda, fijó el litigio del asunto e incorporó pruebas.

Siguiendo con las etapas procesales correspondientes, el 10 de mayo de 2022, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que si a bien lo tenía, emitiera su concepto; al respecto únicamente la parte actora y la entidad demandada se pronunciaron en los términos que se señalarán más adelante.

De otro lado, conforme al informe secretarial que obra en el archivo 22 del expediente digital, el proceso ingresó al Despacho el 13 de junio de 2022 para proferir sentencia, empero teniendo en cuenta las discrepancias evidenciadas entre lo pretendido por la parte actora y lo referido por la entidad demandada sobre los pagos de las cesantías efectuados a la docente Xiomara Parrado, previo a ello fue necesario que el Despacho, mediante auto del 19 de julio de 2022, notificado por estado del 21 del mismo mes y año, con fundamento en la oportunidad probatoria prevista en el artículo 213 del CPACA, solicitara a la **entidad demandada** que allegara extracto de los movimientos de las cesantías de la docente Xiomara Parrado; y certificación de los avances y/o pagos de las cesantías parciales o definitivas que se han reconocido a la demandante, durante toda su vinculación laboral. Sin embargo, el 09 de agosto de los cursantes, el proceso ingresó nuevamente al Despacho informando que no hubo pronunciamiento de la entidad.



En consecuencia y con el ánimo de recaudar el material probatorio requerido para proferir una decisión de fondo, mediante auto del 09 de agosto de 2022, notificado mediante estado del 10 de agosto, se requirió lo mencionado anteriormente a la **Fiduprevisora S. A.**, quien vencido el término otorgado tampoco se pronunció sobre el particular.

Así las cosas, y de conformidad con el informe secretarial que antecede, el proceso ingresó nuevamente al Despacho el 29 de agosto de 2022, para proferir sentencia.

### **1.2.1. Los Alegatos de conclusión.**

En el término concedido por el Despacho, las partes rindieron escritos de alegaciones finales. Por su parte, el Agente del Ministerio Público no emitió concepto alguno.

#### **1.2.1.1. Alegatos de la parte actora**

El apoderado de la demandante ratificó las pretensiones y hechos de la demanda y consideró que, con el material probatorio obrante en el plenario resulta viable dar aplicación a las previsiones de la Ley 1071 de 2006, la cual se encuentra vigente y no ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

Citó lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, en lo que se refiere a la creación y competencia del FOMAG en materia prestacional docente; así como lo consagrado en la Ley 962 de 2005 y su Decreto Reglamentario 2831 del mismo año, que prevén el trámite que se debe adelantar a las peticiones de reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes, con el fin de explicar que la entidad territorial respectiva, sólo produce una actividad administrativa bajo la tutela de la entidad administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que es el encargado del pago de las prestaciones sociales y obligaciones accesorias a las mismas.

Explicó que, el acto administrativo está suscrito por el secretario de educación de la entidad territorial, pero en nombre y representación del FOMAG; para



terminar, invocó la aplicación de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, como doctrina vinculante en la materia.

#### **1.2.1.2. Alegatos de conclusión de la entidad demandada**

La apoderada de la entidad demandada explicó el alcance de la naturaleza jurídica del FOMAG, como cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica y con recursos administrados por una sociedad de economía mixta de carácter indirecto del orden nacional – Fiduciaria La Previsora S.A. – y, por virtud de los elementos naturales del contrato de fiducia mercantil que autoriza la ley consideró que, resulta necesaria la intervención procesal de la fiduciaria.

Precisó que, pese a lo señalado en las sentencias de unificación proferidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en los años 2017 y 2018, la presencia de problemas operativos de las entidades territoriales, impiden el cumplimiento de los términos para proyectar los actos administrativos de reconocimiento prestacional; por lo que, mediante el Decreto 1272 de 2018 se modificó el procedimiento previsto para el reconocimiento de cesantías docentes a cargo de las entidades territoriales certificadas, sujeto a turnos de radicación y disponibilidad presupuestal, trámite que se debe adelantar de manera conjunta con la Fiduprevisora S.A., a la cual también se le imponen tiempos para digitalizar y remitir la decisión adoptada a través de la plataforma dispuesta para el efecto.

En conclusión, el Decreto 1272 de 2018, ajustó los términos a lo previsto en la Ley 1071 de 2006; sin embargo, explicó que, pese a que la mora puede originarse en la expedición del acto administrativo (a cargo de la entidad territorial y la Fiduprevisora), su notificación o la falta de disponibilidad presupuestal, el pago de la sanción moratoria estará a cargo del FOMAG, circunstancia que resulta lesiva para la Nación, más cuando la Ley 1955 de 2019 estableció responsabilidades en la materia a cargo de las entidades territoriales.



Por virtud de lo expuesto, consideró que, siendo la entidad territorial la que profiere el acto administrativo sobre el cual se ejerce el medio de control, esta debe hacer parte del contradictorio e informar el trámite dado a la solicitud de reconocimiento prestacional, para determinar si tuvo incidencia en el retardo para el pago de la prestación.

Finalmente solicitó, que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva, en consideración a lo previsto en la referida Ley 1955 de 2019 y se traslade la obligación a la entidad territorial correspondiente y, por tanto, se nieguen las pretensiones de la demanda.

De otro lado, adujo en el acápite “Caso Concreto” que:

*“• El 1ro de junio de 2016 de acuerdo a la información contenida en el traslado de la demanda, se tiene que la accionante solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas.*

*• Mediante Resolución No. 7773 de fecha 25 de octubre de 2016, la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de unas cesantías definitivas por valor de \$ 1,240,587*

*• Del anterior Acto Administrativo no se observa en el escrito de demanda que fue notificado*

*• De acuerdo a la información contenida en el sistema interno de la Fiduprevisora, se evidencia que los dineros fueron puestos a disposición el 28 de diciembre de 2016.*

*• Mediante petición del día 26 de septiembre de 2018 la demandante solicita al Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la Sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.*

*• Dentro del expediente no se observa respuesta alguna a la petición que antecede.”*

De lo expuesto, se aportó certificado de pago de cesantías expedido por la Fiduprevisora S. A. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.



### **1.2.1.3. Concepto del Ministerio Público**

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **2.1. Problema jurídico**

De conformidad con la fijación del litigio planteada en auto del 08 de noviembre de 2021, el problema jurídico se contrae a determinar si la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague la sanción moratoria establecida en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, ocasionada por el posible retardo en el que pudo incurrir en el reconocimiento y pago del valor de sus cesantías.

### **2.2. De lo acreditado en el proceso**

De las pruebas obrantes en el proceso se destacan:

**2.2.1.** Resolución No. 1871 del 26 de febrero de 2018, por medio de la cual la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de la cesantía definitiva en favor de la docente Xiomara Parrado, en donde se lee que la solicitud de reconocimiento de la prestación fue radicada el 12 de julio de 2017<sup>2</sup>.

**2.2.2.** Petición dirigida a la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, radicada ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 26 de septiembre de 2018, por medio de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria ahora reclamada.<sup>3</sup>

**2.2.3.** Certificación expedida por la Fiduprevisora S.A., en la cual consta que, el monto reconocido por concepto de cesantías fue puesto a disposición de la demandante el 26 de abril de 2018.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Folio 5 – 6 del archivo 05 del expediente digital - Digitalizado por el contratista

<sup>3</sup> Folio 1 – 2 del archivo 05 del expediente digital - Digitalizado por el contratista

<sup>4</sup> Folio 7 del archivo 05 del expediente digital - Digitalizado por el contratista



### **2.3. Cuestión Previa**

Con base en los documentos que obran en el expediente, este Despacho evidenció que la entidad demandada en su escrito de contestación y de alegaciones finales hizo referencia al reconocimiento y pago de cesantías definitivas a la docente Xiomara Parrado, efectuado mediante Resolución No. 7773 del 25 de octubre de 2016, lo cual difiere de las pretensiones de la demanda y de las pruebas aportadas con ella, pues hacen alusión al reconocimiento de cesantías definitivas a través de la Resolución No. 1871 del 26 de febrero de 2018; por lo que fue necesario que mediante auto para mejor proveer del 19 de julio y 09 de agosto, ambos de 2022, se requiriera al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG y a la Fiduprevisora S. A., respectivamente, a efectos que remitieran extracto de los movimientos de las cesantías de la docente Xiomara Parrado, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.496.674 y/o certificación de los avances y/o pagos de las cesantías parciales o definitivas que se hubieren reconocido a la demandante.

No obstante, teniendo en cuenta que la entidad demandada pese a encontrarse debidamente notificada de los requerimientos realizados, no se pronunció, este Despacho considera que este asunto debe resolverse con base en lo pretendido por la parte actora en el líbello inicial y las pruebas aportadas y debidamente incorporadas, las cuales no fueron tachadas por la entidad demandada, por lo tanto, lo expuesto por la Entidad demandada con respecto a la Resolución No. 7773 del 25 de octubre de 2016 y los pagos generados con ocasión a éste, no serán valorados para decidir de fondo el asunto.

### **2.4. El acto acusado y el silencio administrativo**

El silencio administrativo es efecto de la demora de la administración para resolver las solicitudes, reclamaciones y recursos que ante ella se han formulado; la ley ha establecido unos precisos términos para que esa ficción legal opere y la jurisprudencia distingue dos clases de silencio administrativo, a saber: i) el negativo, en el que transcurrido el plazo legal, la petición se



entiende desestimada y ii) el positivo, en el que ante la omisión, la reclamación se considera que ha sido resuelta favorablemente.

La Ley 1437 de 2011 ha fijado términos distintos, ya sea que se trate de simples reclamaciones en ejercicio del derecho de petición en interés individual, o de la interposición de recursos para agotar la vía administrativa. En efecto, el artículo 83 del CPACA, señala:

*<<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>> (Subrayado del Despacho)*

En el presente proceso se encuentra probado que la demandante solicitó al Fomag el reconocimiento y pago de la sanción moratoria el 26 de septiembre de 2018, sin que a la fecha haya recibido respuesta de fondo, razón por la cual al haber transcurrido más de tres (3) meses, desde la presentación de la solicitud, sin obtener respuesta clara y definitiva, se tiene por configurado el referido acto ficto o presunto negativo.

## **2.5. De la normativa que regula la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.**

La Ley 244 de 1995, fija los términos para el pago oportuno de cesantías a los servidores públicos y establece la sanción correspondiente cuando se presente mora en su pago, pero, además, es adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006 con la que se regula el pago en los siguientes términos:

- (i)** Tanto de las cesantías definitivas como de las cesantías parciales a favor de los servidores públicos, dice el artículo 1º,
- (ii)** Fija un término para su cancelación, en el artículo 4º,
- (iii)** Establece en el parágrafo del artículo 5º, la sanción por mora en el pago de las cesantías, o desconocer el plazo que determina, y
- (iv)** Fija el ámbito de aplicación, en el artículo 2º, para empleados y trabajadores del Estado de todo orden.

De la norma antes citada, se desprende que es a partir de la radicación de la solicitud del pago de la cesantía definitiva o parcial que deben computarse, quince (15) días hábiles para expedir la resolución correspondiente de liquidación de las cesantías, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir de



la fecha en la cual haya quedado en firme, para efectuar el pago de la prestación social. Para estos efectos resulta imperioso acudir a la normativa vigente a la fecha de expedición del acto administrativo que reconoce las cesantías; en aras de determinar la fecha en que cobra firmeza dicha decisión.

Al respecto, el artículo 62 del antiguo CCA, hoy artículo 87 del CPACA, establece las causales de firmeza de los actos administrativos y frente a la oportunidad para interponer los recursos, este último cuerpo normativo, señala<sup>5</sup>: <<Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los **diez (10) días** siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez>>.

Lo anterior significa que, en principio, deben contabilizarse en total sesenta (60) días hábiles a partir de la petición, más el término de ejecutoria de la resolución, que corresponde a diez (10) días en el CPACA, para un total, de setenta (70) días hábiles.

Ahora bien, el Consejo de Estado en **sentencia de unificación**<sup>6</sup> resaltó la importancia de la notificación del acto administrativo que reconoce la cesantía sea parcial o definitiva, precisó que los términos de notificación y ejecutoria no corren para sanción moratoria y estableció las siguientes subreglas para el cómputo de la mora en el pago:

1. Cuando el acto administrativo que reconoce la cesantía sea expedido por fuera del término de ley, o cuando no se profiera acto, la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento.
2. Cuando el acto administrativo que reconoce la cesantía fue expedido dentro de los 15 días que la ley impone y se notifica por medio electrónico, el término de ejecutoria se computará a partir del día siguiente en que la entidad certifique el acceso del peticionario al contenido íntegro del acto, que en todo caso deberá hacerse a más tardar 12 días después de expedido el mismo.

---

<sup>5</sup> Artículo 76. CPACA.

<sup>6</sup> Sentencia del 18 de julio de 2018, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro proceso 73001233300020140058001.



3. Si la notificación no es por correo electrónico, la entidad debe citar al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto para que acuda a la notificación personal y de no ser posible dentro de los 5 días siguientes remitir el aviso correspondiente. En este caso la ejecutoria se contabiliza al día siguiente de la notificación personal o de la entrega del aviso, según el caso.

4. En caso de existir acto expreso que reconoce la cesantía, pero sin notificación, puede ocurrir que el término de ejecutoria se contabilice con la notificación por conducta concluyente originada en alguna actuación del peticionario que así la configure o que los 45 días para el pago se deban contabilizar después de 12 días de expedido el acto definitivo *<<considerando la ficción que la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario, 5 días que le dio de espera para comparecer a recibir la notificación, 1 día para entregarle el aviso y 1 día más con el que la perfecciona por este medio>>*.

5. Cuando el peticionario, renuncia expresamente a los términos de notificación y ejecutoria, los 45 días para el pago de la cesantía corren a partir del día siguiente a dicha renuncia.

6. Finalmente, si el peticionario interpone recursos contra el acto administrativo de reconocimiento de la cesantía, los 45 días para el pago correrán al día siguiente de la comunicación del acto administrativo que resuelve los recursos, o pasados 15 días de haber presentado los recursos sin que la resolución de estos se haya notificado.

Establecida la ocurrencia de la mora, los días son calendario según lo definió el Consejo de Estado<sup>7</sup>.

## **2.6. Aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial.**

El ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 es para todos los empleados y trabajadores del Estado, a nivel nacional y territorial<sup>8</sup>, que conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>9</sup>, comprende a los docentes, porque *<<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>>*.

En la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, el Consejo de Estado analizó la naturaleza del empleo del docente oficial, las características de su régimen de carrera y concluyó que pese a que la ley los define como

---

<sup>7</sup> Sentencia Consejo de Estado, proferida el 22 de noviembre de 2012, dentro del procedente No. 25000-23-26-000-2000-01407-01 (24872). M.P. Danilo Rojas Betancur.

<sup>8</sup> Consulta realizada en la página web [senado.gov.co](http://senado.gov.co). Proyecto de Ley No. 44 de 2005.

<sup>9</sup> Sentencia catorce (14) de diciembre de dos mil quince (2015). Consejero ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14)



“empleados oficiales” lo cierto es que se trata de <<empleados públicos>> de la Rama Ejecutiva del Estado y, por tanto, les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, en cuanto contemplan la sanción por mora en el pago de las cesantías.

Entonces, la Ley 1071 de 2006, cobija a todos los empleados y trabajadores del Estado, incluyendo a los docentes oficiales y la sanción es compatible con la aplicación del régimen especial para docentes sobre las cesantías, sean parciales o definitivas.

## 2.7. Del caso en concreto

Conforme a las consideraciones efectuadas, el acto administrativo mediante el cual la entidad reconoció la cesantía definitiva a la demandante (Resolución 1871 del 26 de febrero de 2018), expedido en vigencia del CPACA, fue proferido por fuera de los 15 días establecidos por la ley para el efecto, pues la solicitud de dicha prestación fue radicada el 12 de julio de 2017<sup>10</sup>; entonces, se trata de **la primera hipótesis planteada por el Consejo de Estado** y, en consecuencia, la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de presentada la petición.

Ahora bien, se reitera que **la petición fue elevada el 12 de julio de 2017**, razón por la cual la resolución de reconocimiento de la cesantía definitiva debió proferirse, a más tardar el **03 de agosto de 2017**, quedando ejecutoriada el **18 de agosto del mismo año**. Por lo tanto, el término para efectuar el pago de la cesantía definitiva **feneció el 24 de octubre de 2017** e incurrió en mora a partir del día **25 del mismo mes y año**.

De otra parte, el pago de las cesantías fue puesto a disposición de la docente el **26 de abril de 2018**, como consta en la certificación aportada por la Fiduprevisora S.A. y relacionada en el acápite de pruebas de esta sentencia, por lo tanto, la sanción moratoria de la Ley 1071 de 2006 se causó entre el **25 de octubre de 2017 y el 25 de abril de 2018**, es decir, la mora fue de **183 días**.

---

<sup>10</sup> Según información suministrada en la Resolución No. 1871 del 26 de febrero de 2018.



En relación con el **salario que debe tenerse en cuenta para liquidar la mora**, la misma sentencia de unificación citada precisó que, cuando se trata de cesantía definitiva, es el vigente al momento de retiro del servicio.

## 2.8. De la prescripción

Al respecto, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968<sup>11</sup>, en concordancia con el artículo 102 Decreto 1848 de 1969, prevé la prescripción, y en similares términos se consigna en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral<sup>12</sup>.

El Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, M.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Expediente 2011-00628, dispuso, en relación con la prescripción, que es a partir de que se causa la obligación (sanción moratoria), cuando ésta se hace exigible y su reclamación debe producirse dentro de los tres años siguientes.

Conforme a lo anterior, los 3 años iniciales vencían el 25 de octubre de 2020, pero el 26 de septiembre de 2018, con la presentación de la reclamación escrita, fueron interrumpidos por un lapso igual; término que se suspendió el 11 de julio de 2019 con la solicitud de conciliación prejudicial hasta el 16 de octubre de 2019 con la expedición de la certificación correspondiente por parte del Ministerio Público y que nuevamente fue suspendido el 19 de noviembre de 2019, con la radicación de la demanda, sin que a la fecha se haya reanudado.

## 2.9. Indexación

Ahora bien, si bien este concepto no se solicitó como pretensión en la demanda, la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante la sentencia de Unificación de 18 de julio de 2018, ya citada, estableció como regla jurisprudencial que es improcedente la indexación de la sanción moratoria, sin

---

<sup>11</sup> "Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."

<sup>12</sup> "Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual"



perjuicio de la actualización prevista en el artículo 187 del C.P.A.C.A., interpretación ampliada por la Sección Segunda, Subsección A, de la misma corporación, que en sentencia del 26 de agosto de 2019, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez<sup>13</sup>, dictaminó que mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no es pasible de indexación, sin embargo, al cesar la mora, se consolida una suma total, la cual es objeto de ajuste desde la fecha en que se detiene el conteo de la mora y hasta la ejecutoria de la sentencia.

## **2.10. De la falta de legitimación en la causa por pasiva y la solicitud de vinculación de la entidad territorial**

La Fiduprevisora S. A., en su escrito de alegaciones finales, nuevamente expuso que no existe legitimación en la causa por pasiva del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y explicó las razones por las cuales consideró que debió vincularse a la entidad territorial como llamada a responder, frente a lo cual el Despacho considera pertinente remitirse a las disposiciones de la Ley 91 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de La Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serían manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.

Asimismo, conforme a los artículos 5° y 9 de la Ley 91 de 1989, se establece como obligación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el efectuar el pago de las prestaciones sociales, pero el reconocimiento de estas quedó a cargo de las entidades territoriales competentes en virtud de la delegación conferida por la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional. De igual modo, en complemento con esta disposición el artículo 180 de la Ley 115 de 1994, señaló que serían reconocidas por intermedio del representante del Ministerio de Educación ante la entidad territorial a la que se encontrara vinculado el docente, con la firma del Coordinador Regional de Prestaciones Sociales.

---

13 Proferida dentro del Radicado No. 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18)



En este orden de ideas, se concluye que es la Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG, la entidad responsable del reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes, y, por ende, la encargada de definir sobre las reclamaciones atinentes a pago y reconocimiento de las mismas, independientemente de que las Secretarías de Educación tengan asignada la labor de reconocimiento de dichas prestaciones, en virtud de la delegación efectuada por el Ministerio de Educación.

Además, si bien en la Ley 1955 de 2019 *“Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”*, en el párrafo del artículo 57 se estableció *“(…) La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías (...)”*, lo cierto es que ello no implica que en este caso se torne obligatorio vincular a la Secretaría de Educación de Bogotá, pues aunque aquella atribución de responsabilidad en el pago de las sanciones moratorias a las Secretarías de Educación territoriales empezó a operar, para estas, a partir del 1º de enero de 2020, no puede desconocerse que de acuerdo con el párrafo transitorio *ibídem*, las causadas al 31 de diciembre de 2019 estarían a cargo del FOMAG, entidad que las pagaría con los títulos de tesorería que para tal efecto emitiera el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Por consiguiente, en el presente caso al reclamarse el pago de la sanción moratoria cuya causación se remite a una fecha anterior al 31 de diciembre de 2019, resulta claro que su eventual pago correspondería al FOMAG, razón por la cual no es procedente la petición de vincular a la Secretaría de Educación del Distrito.



### 3. Conclusión

Estudiada la demanda, el material probatorio allegado, los alegatos de conclusión, así como los argumentos de hecho y de derecho vertidos en precedencia, se tiene que la demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad de la que goza el acto administrativo acusado, **razón por la que se accederá a las pretensiones de la demanda.**

Como restablecimiento del derecho, se ordenará a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pagar a la actora, por la sanción ocurrida por la mora en el pago de su cesantía definitiva, en la cantidad que corresponda después de realizar la operación matemática de multiplicar los **183 días de la mora** por la asignación básica diaria que devengaba al momento de la causación, esto es, para el año 2017.

### 4. Condena en costas y agencias en derecho

Finalmente, el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 y, a su vez, el artículo 365 del CGP, establecen la posibilidad de condenar en costas, si hubiere lugar a ello; sin embargo, en el caso concreto, no se observa que la entidad demandada haya actuado de mala fe, o abusando del ejercicio de sus derechos procesales, o con temeridad; por lo tanto y conforme con lo expuesto no se condenará en costas en esta instancia procesal.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA

**PRIMERO: DECLARAR** configurado el acto ficto negativo originado por el silencio de la administración frente a la petición de 26 de septiembre de 2018, conforme a las consideraciones expuestas.



**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad del referido acto ficto o presunto negativo, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en favor de la demandante, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

**TERCERO: ORDENAR** a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar a la señora Xiomara Parrado, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.496.674, la sanción moratoria prevista en el parágrafo del Artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, en razón de un día de salario por cada día de retardo, por los días comprendidos entre el 25 de octubre de 2017 y el 25 de abril de 2018, esto es por 183 días, liquidada con asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación del tiempo, por las razones ya señaladas en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO:** Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ser indexadas, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., conforme al índice de precios del consumidor que publica el DANE.

**QUINTO: NEGAR** la petición de vinculación de la Secretaría de Educación del Distrito, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEXTO: SIN CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO**, por lo expuesto en la parte motiva.

**SÉPTIMO: REMITIR** copia de esta providencia, en los términos del artículo 205 del CPACA, modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, a los siguientes correos electrónicos:

[procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co;](mailto:procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co)

[notjudicial@fiduprevisora.com.co;](mailto:notjudicial@fiduprevisora.com.co)

[t\\_jkramirez@fiduprevisora.com.co;](mailto:t_jkramirez@fiduprevisora.com.co)

[notificacionesjudiciales@mineduccion.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@mineduccion.gov.co)

[notificacionesbogota@giraldoabogados.com.co](mailto:notificacionesbogota@giraldoabogados.com.co)

**OCTAVO:** Ejecutoriada la presente providencia **ARCHIVAR** el expediente, previas las constancias de rigor.



**NOVENO:** En los términos y para los efectos del memorial poder allegado con el escrito de alegaciones finales **RECONOCER** personería para actuar en representación de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la Doctora Jenny Katherine Ramírez Rubio, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.030.570.557 de Bogotá, y portadora de la tarjeta profesional No. 310.344 del C.S. de la J., como actual APODERADA SUSTITUTA, de conformidad con el poder de sustitución otorgado por el doctor Luis Alfredo Sanabria Ríos, visible en el archivo 20 del expediente digital.

**DÉCIMO:** Esta providencia **DEBE** incorporarse al expediente digitalizado, organizado en OneDrive, ordenando alimentar simultáneamente el sistema de información Justicia XXI y el de la Rama Judicial Web.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**GIOVANNI ANDRÉS CEPEDA SANABRIA**

**Juez**

SCC

Firmado Por:  
Giovanni Andres Cepeda Sanabria  
Juez  
Juzgado Administrativo  
009  
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **0254193ffc66e93f04ce234a2d82739c294efa0c79d2207e03d65170cd75433d**

Documento generado en 13/09/2022 02:57:24 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**