

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.

SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Radicado: 11001-33-35-009-2020-00230-00
Naturaleza: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: NEIDY LILIANA VELANDIA VELANDIA
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 Neidy Liliana Velandia Velandia 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 17 de abril 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; **iii)** reconocer y pagar intereses moratorios y asumir la condena en costas.

1.1.2. Fundamentos fácticos

Narró que, mediante petición radicada el 04 de noviembre de 2015, solicitó ante el FOMAG el reconocimiento y pago de sus cesantías, prestación que fue reconocida a través de la Resolución No. 7681 del 2 de octubre de 2016 y efectivamente pagada el 28 de diciembre de 2016, es decir, por fuera del plazo de setenta (70) días previstos por la ley para el efecto, por lo que, el 17 de abril 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.

La apoderada 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 962 de 2005, así como del Decreto 2831 de 2005 y refirió que este régimen especial contempla términos específicos para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas y parciales de los docentes, que implica la participación de las entidades territoriales -Secretarías de Educación certificadas-, al igual que de la Fiduprevisora S.A., como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Seguidamente aportó pantallazos del “*Aplicativo Fomag*” que dan cuenta de la información de la docente, Nro. y fecha de la Resolución de reconocimiento de cesantías, fecha de pago, valor y estado de la prestación, por lo cual concluyó:

Fecha de solicitud:4/11/2015

Fecha máxima de pago:17/2/2016

Fecha de pago:28/12/2016

Días de mora:314

De otro lado, expuso que la sanción moratoria no es considerada un derecho laboral, la misma no persigue la protección del poder adquisitivo del patrimonio del trabajador, sino que se trata de una pena en contra de la Entidad como consecuencia de su negligencia e incumplimiento.

Al respecto citó la sentencia de unificación de Julio de 2018 de la Sección Segunda del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que definió el fenómeno de la indexación en los siguientes términos:

“La indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, aquellas que deben satisfacerse mediante el pago de una cantidad de moneda determinada entre las que se cuentan, por supuesto, las de índole laboral, en la medida que el fenómeno inflacionario produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda. Esta figura, nace como una respuesta a un fenómeno económico derivado del proceso de depreciación de la moneda, cuya finalidad última es conservar en el tiempo su poder adquisitivo, de manera que, en aplicación de principios como el de equidad y de justicia, de reciprocidad contractual, el de integridad del pago y el de reparación integral del daño, el acreedor de cualquier obligación de ejecución diferida en el tiempo esté protegido contra sus efectos nocivos.”

En consideración a ello manifestó que no era procedente la indexación de la sanción moratoria que presuntamente se causó a favor del actor, habida cuenta que, la indexación de las sumas que se causen como consecuencia de la sanción moratoria resultan improcedentes entre sí, pues dicha indexación hace mucho más gravosa la situación de la administración, ya que dicho emolumento no solo cubre la actualización monetaria sino que es superior al valor que resulta de la referida sanción, aunado a lo anterior se tiene que, no se trata de un derecho laboral, sino por el contrario es un correctivo frente a la negligencia de la administración

Finalmente, propuso como excepciones:

- **Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido.**
- **Genérica**

1.2. Trámite procesal

La demanda fue radicada el 04 de septiembre de 2020 y repartida a este Despacho el mismo día; mediante proveído del 22 de febrero de 2021, se

inadmitió, con el fin de que la parte actora acreditara el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021.

Una vez cumplido lo requerido por el Despacho, mediante auto del 26 de julio de 2021 se 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.

Con providencia del 26 de julio de 2022, se resolvió lo relacionado con las excepciones propuestas, se incorporaron las pruebas aportadas por la demandante y demandada, se fijó el litigio y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que si a bien lo tenía emitiera su concepto.

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 también emitió su concepto.

1.2.1.1. Alegatos de la parte actora

La apoderada de la demandante ratificó los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, y expuso que de acuerdo con los documentos arribados al proceso, está plenamente demostrado:

- “a) La calidad de docente de la persona demandante.*
- b) La fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de la cesantía parcial, esto es, **4 de noviembre de 2015**.*
- c) El acto mediante el cual se reconoció a la actora una cesantía definitiva está materializado en la Resolución No. **7681 del 24 de octubre de 2015**, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá actuando en nombre y representación de La Nación-Fondo Nacional del Prestaciones Sociales del Magisterio.*
- d) La fecha en que le canceló la prestación reconocida, **28 de diciembre de 2016**, según el certificado expedido por la Fiduciaria La Previsora S.A.*

e) La solicitud de reconocimiento y pago de la Sanción por mora prevista en la ley 1071 de 2006 ante la entidad, sin que a la fecha se tenga una respuesta de fondo."

Finalmente 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., por lo que solicitó acceder a las súplicas de la demanda.

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.

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 que se nieguen las pretensiones de la demanda.

1.2.1.3. Concepto del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público emitió su concepto en los siguientes términos:
"(...) Con base en lo anterior, desde que se efectuó la solicitud de pago de cesantías hasta que estas se hicieron efectivas, trascurrieron más de 12 meses, esto es mucho más de los 70 días de los que habla la jurisprudencia, siendo claro que en el presente caso se generó un incumplimiento por parte de la demandada de los términos dispuestos por la Ley, tanto para la expedición de la resolución de reconocimiento de las cesantías solicitadas, como para efectuar el pago correspondiente. Igualmente, no se observa que haya operado el fenómeno jurídico de la prescripción."

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

De conformidad con la fijación del litigio planteada en auto del 26 de julio de 2022, 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 5° 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. En caso afirmativo, deberá determinarse si la suma resultante debe ser objeto de indexación.

2.2. De lo acreditado en el proceso

De las pruebas obrantes en el proceso se destacan:

2.2.1. Resolución No. 7681 del 24 de octubre de 2016, por medio de la cual la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de la cesantía definitiva en favor de la docente Neydi Liliana Velandia Velandia, en donde se lee que la solicitud de reconocimiento de la prestación fue radicada el 04 de noviembre de 2015 (Fl. 4-5/25 – 01Demanda).

2.2.2. Petición dirigida a la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, radicada ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 17 de abril de 2018, por medio de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria ahora reclamada (Fl. 7-8/25 – 01Demanda).

2.2.3. Certificado de pago de cesantías expedido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduprevisora S. A., en el cual se puede verificar el número del acto administrativo de reconocimiento, el valor y fecha en la cual se puso a disposición de la demandante el pago (Fl. 6/25 – 01Demanda).

2.3. 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 17 de abril 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.

2.4. 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, señala¹: <<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

¹ Artículo 76. CPACA.

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**² 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.
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

² Sentencia del 18 de julio de 2018, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro proceso 73001233300020140058001.

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 Estado³.

2.5. 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 territorial⁴, que conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵, 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

³ 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.

⁴ Consulta realizada en la página web senado.gov.co. Proyecto de Ley No. 44 de 2005.

⁵ 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)

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 “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, cubre 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.

2.6. 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 7681 del 24 de octubre de 2016), 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 04 de noviembre de 2015⁶; 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 04 de noviembre de 2015**, razón por la cual la resolución de reconocimiento de la cesantía definitiva debió proferirse, a más tardar el **26 de noviembre de 2015**, quedando ejecutoriada el **11 de diciembre de 2015**. Por lo tanto, el término para efectuar el pago de la cesantía definitiva **feneció el 17 de febrero de 2016** e incurrió en mora a partir del **18 del mismo mes y año**.

De otra parte, el pago de las cesantías fue puesto a disposición de la docente el **28 de diciembre de 2016**, como consta en el Certificado de

⁶ Según información suministrada en la Resolución 7681 del 24 de octubre de 2016.

pago de cesantías expedido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduprevisora S. A., 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 **18 de febrero de 2016 y el 27 de diciembre de 2016**, es decir, la mora fue de **314 días**.

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 último salario devengado.

2.7. De la prescripción

Al respecto, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968⁷, 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 Laboral⁸.

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 18 de febrero de 2019, pero el 17 de abril de 2018, con la presentación de la reclamación escrita, fueron interrumpidos por un término igual; término que se suspendió el 25 de julio de 2018 con la solicitud de conciliación extrajudicial hasta el 07 de septiembre de 2018 con la expedición de la certificación correspondiente por parte del Ministerio Público y que nuevamente fue suspendido el 04 de septiembre de 2020, con la radicación de la demanda, sin que a la fecha

⁷ "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."

⁸ "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"

se haya reanudado, de manera que no operó la prescripción en el *sub examine*.

2.8. Indexación

Ahora bien, en lo que respecta a la indexación, es pertinente traer a colación lo dispuesto por la Sección Segunda del Consejo de Estado, que 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 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 Gómez⁹, señaló 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.

2.9. De la falta de legitimación en la causa por pasiva y la solicitud de vinculación de la entidad territorial

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su escrito de alegaciones expuso argumentos relacionados con la falta de legitimación en la causa por pasiva en la presente litis 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.

⁹ Proferida dentro del Radicado No. 68001-23-33-000-2016-00406-01 (1728-18)



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.

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 al 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, 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 parágrafo transitorio *del* artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, 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 demandante, 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 **314 días de la mora** con fundamento en la última asignación básica devengada por la actora.

4. Condena en costas

Finalmente, el artículo 188 del CPACA, adicionado por el 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 radicada el 17 de abril 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, reconocer y pagar a la señora Neydi Liliana Velandia Velandia, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.032.409.159, 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 18 de febrero de 2016 y el 27 de diciembre de 2016, esto es, por 314 días, liquidada con la última asignación básica devengada 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 accionante 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 en esta instancia, 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;

notjudicial@fiduprevisora.com.co;

t.jkramirez@fiduprevisora.com.co;

notificacionesjudiciales@mineduccion.gov.co;

notificacionescundinamarcalqab@gmail.com;

OCTAVO: En los términos y para los efectos del memorial poder allegado con el escrito de alegaciones finales, **RECONOCER** personería a la abogada Jenny Katherine Ramírez Rubio, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.030.570.557 y portadora de la T.P. 310.344 del C.S. de la J., como apoderada sustituta de la entidad demandada.

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

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: **c3d3255bd525db43a2bb86c3292baab0c7f1dec4543dab6e0a628cc11268bbdd**
Documento generado en 22/11/2022 11:24:42 AM

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