



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

RADICADO: 110013335009-2020-00172-00
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MIGUEL ÁNGEL MONTENEGRO GONZÁLEZ
DEMANDADO: NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, profiere sentencia 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 el señor **Miguel Ángel Montenegro González** 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 del 15 de abril de 2019, 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, se condene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a: **i)** reconocer, liquidar y pagar a favor del demandante, la **SANCIÓN MORATORIA** establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por no haber cancelado a tiempo el valor reconocido por concepto de cesantías, mora que ocurrió desde el día 09

de octubre de 2018, hasta la fecha de pago que fue el día 12 de diciembre de 2017.; **ii)** reconocer, liquidar y pagar la indexación de la suma solicitada en el numeral anterior, desde la fecha de pago de las cesantías y hasta la fecha de pago efectivo de la sanción moratoria **iii)** reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, conforme a lo establecido en el Artículo 192 del C.P.A.C.A.; **iv)** que dé estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el artículo 189 y 192 del C.P.A.C.A y, **v)** se condene en costas a la demandada.

1.1.2. Fundamentos fácticos

Narró laparte actora que, mediante petición radicada el 09 de junio de 2018, solicitó ante el FOMAG el reconocimiento y pago de sus cesantías, prestación que fue reconocida a través de la **Resolución 9930 de 25 de septiembre de 2018** y efectivamente pagada el **12 de diciembre de 2018**, es decir, por fuera del plazo de setenta (70) días previstos por la ley para el efecto, por lo que, el 15 de abril de 2019, solicitó la sanción moratoria correspondiente, sin obtener respuesta de fondo.

1.1.3. Fundamentos de derecho y Concepto de Violación.

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.

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

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.

1.2. Contestación de la demanda.

El apoderado de la entidad demandada, contestó la demanda oportunamente y 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, atendiendo a su naturaleza y al ser una cuenta

especial creada para el pago de las prestaciones sociales de sus afiliados que no tiene personería jurídica, necesariamente los reconocimientos de dichas prestaciones deben realizarse a través de una entidad delegada a la cual se encuentre vinculado el docente que solicita su prestación.

Señaló 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, lo cual indica que a pesar de que se haya expedido el acto administrativo no implica que el pago sea inmediato, como ocurrió en el presente caso.

Advierte que la Nación, Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, se acoge al principio de legalidad del presupuesto y no desconoce los precedentes jurisprudenciales que en materia de sanción moratoria ha establecido el Consejo de Estado a través de las Sentencias de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018, y la H. Corte Constitucional en la Sentencia SU336 del 18 de mayo de 2017.

Por último, expuso la 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.

1.3. Trámite procesal

La demanda fue radicada el 03 de agosto de 2020; mediante proveído del 15 de febrero 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 17 de mayo de 2022, se agotaron las etapas relacionadas con las pruebas, la fijación del 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.

1.4. Los Alegatos de conclusión.

En el término concedido por el Despacho, las partes presentaron sus alegatos, y el Agente del Ministerio Público no emitió concepto alguno.

1.4.1. Alegatos de la parte actora

El apoderado de la parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda inicial, señalando que el demandante tiene derecho al reconocimiento del pago de la sanción moratoria en atención a que el reconocimiento y pago de las cesantías fue hecho de manera extemporánea, toda vez que, dicha sanción comenzó a causarse desde el día 09 de octubre de 2018 presentando mas de 63 días de mora injustificada por parte de la entidad

1.4.2. 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.

1.4.3. 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 17 de mayo de 2022, el problema jurídico se centrará en determinar si el accionante tiene derecho a que el FOMAG le pague la sanción por el no pago oportuno de sus cesantías. En caso afirmativo, se deberá determinar si la suma resultante es 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. 9930 del 25 de septiembre de 2018, por medio de la cual la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de la cesantía parcial en favor del demandante, en donde se lee que la solicitud de reconocimiento de la prestación fue radicada el 09 de septiembre de 2018 (archivo 01 fl.19-21).

2.2.2. Petición dirigida a la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG- secretaria de educación de Bogotá, radicada el 15 de abril de 2019, por medio de la cual el

demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria ahora reclamada (archivo 01 fl.25-29).

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 del demandante el 12 de diciembre de 2018 (Archivo 01. fl23).

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 el demandante solicitó al Fomag el reconocimiento y pago de la sanción moratoria el **15 de abril de 2019**, 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. 2.4. Marco legal de la sanción moratoria causada por el retardo en el pago de las cesantías definitivas.

2.4.1 La Ley 244 del 29 de diciembre de 1995 señala el procedimiento para la liquidación y pago de las cesantías parciales y/o definitivas de todos los servidores públicos, y en el parágrafo del artículo 2 regula la sanción moratoria causada por el incumplimiento de la entidad pública empleadora consistente en un día de salario por cada día de retardo hasta el pago efectivo de las mismas.

La referida Ley 244 de 1995 fue adicionada y modificada por la Ley 1071 del 31 de julio de 2006, indicando en el artículo 1º que el objeto de la Ley es “reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación”, igualmente en los artículos 4 y 5, fijó el término para la expedición de la resolución que reconoce las cesantías y la procedencia de la sanción moratoria.

2.4.2. Indemnización moratoria, por el no pago oportuno de cesantías, establecida en la Ley 1071 de 2006. Aplicabilidad a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El legislador ha dispuesto para el caso de las cesantías liquidadas bajo el régimen retroactivo, un procedimiento dirigido a que el servidor público obtenga el reconocimiento y pago de sus cesantías. Estas cesantías, pueden ser liquidadas de manera definitiva, al momento de finalizar la vinculación laboral del servidor público o puede ser parcial, referida a que son susceptibles de retiro, en vigencia de la relación laboral, siempre que se demuestren las causas legales para ello, como son, que estén dirigidas a la consecución o mejora de vivienda y a costear erogaciones provenientes de la educación.

Para el caso de retiro parcial de cesantías, el constituyente derivado expidió la Ley 1071 de 2006¹ cuyo objeto quedó plasmado en el artículo 1º², la normativa reseñada, encuentra su esencia en el procedimiento que debe seguirse, para la consecución del pago de las cesantías parciales, así como su oportuna cancelación, dentro de los términos taxativamente previstos, so pena que empleador o aquella que tenga a cargo la administración de las cesantías, incurran en sanciones de tipo pecuniario.

Bajo estos supuestos la Corte Constitucional en la sentencia **SU-336 de 2017** concluyó que en atención a la naturaleza de la labor desempeñada por los docentes, éstos deben ser tratados como empleados públicos beneficiarios de la Ley 1071 de 2006, la cual cobija a todos los funcionarios y servidores de las ramas del poder público. En este sentido, la Corte precisó que los docentes tienen derecho al pago de la referida sanción moratoria, por las siguientes razones:

- i. *“El pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, y desarrolla la finalidad constitucional por la cual fue establecida esa prestación social bajo el principio de integralidad. De igual forma, se acompasa con lo establecido en los diferentes tratados internacionales sobre la materia ratificados por Colombia.*
- ii. *En la exposición de motivos de la iniciativa legislativa de la Ley 1071 de 2006 se señaló que su ámbito de aplicación cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, así como a las entidades que prestan servicios públicos y de educación, es decir, involucra a todo el aparato del Estado no solo a nivel nacional sino territorial.*
- iii. *Al igual que los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se les reconozcan pronta y oportunamente sus*

prestaciones sociales, por lo que proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a la igualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las cesantías.

- iv. *Existen importantes semejanzas entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, a saber: pertenecen a la rama ejecutiva, cumplen dentro de ella una tarea típicamente misional respecto de la función que compete a las secretarías de educación de las entidades territoriales y, en su momento, al Ministerio de Educación Nacional, se encuentran sujetos a un régimen de carrera y su vinculación se produce por efecto de un nombramiento.*
- v. *En tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies de servidores públicos, han de ser considerados como empleados públicos.*
- vi. *El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio”.*

A su turno, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018⁴, zanjó el tema acerca de si se le debe aplicar la Ley 1071 de 2006 (que modificó la Ley 244 de 1995) a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, regidos por la Ley 91 de 1989, debido a que dicha Corporación tenía posturas diferentes sobre el derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria por el retardo en la cancelación de las cesantías parciales o definitivas.

Por ello, con el propósito de unificar jurisprudencia, la Colegiatura expresó que los docentes por razón de la naturaleza del servicio que prestan; la regulación del servicio docente; su ubicación en la Rama Ejecutiva del Estado; y, la implementación de la carrera docente, que comprende el ingreso, ascenso y retiro del servicio hacen parte de la categoría de empleados públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política y con base en ello estableció la siguiente regla jurisprudencial:

«[...] 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.

1. **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.
2. 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 ley5 para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al petionario 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 petionario 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.

- 3. *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.*
- 4. ***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.*
- 5. ***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”. » (Negrillas y subrayas fuera del texto original)*

Sobre la causación de esa erogación indemnizatoria, la Sala Plena del Consejo de Estado, sentó las bases para tal fin en los siguientes términos7: “95. En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán **15** días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/200, **10** del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51, y **45** días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los **70 días hábiles** discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 (Negrita fuera de texto).

Sobre tal forma de contabilización de la mora por el pago tardío de las cesantías, la alta Corporación, explicó distintas situaciones que se presentan en el reconocimiento de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de la señalada prestación social. En tal sentido, dijo que lo explicado respecto de las normas previstas en el CPACA se podía evidenciar en el siguiente cuadro:

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 EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica, pero no se tiene en cuenta para el computo 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 28	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

De acuerdo con la jurisprudencia anotada, este Despacho acoge la forma de contabilizar la sanción moratoria establecida en dicha Sentencia de unificación proferida por nuestro Órgano de cierre en lo Contencioso Administrativo.

En ese orden y de conformidad con el anterior pronunciamiento, se evidencia que el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas y parciales, está sujeto a un término perentorio y obligatorio, cuyo incumplimiento o falta de pronunciamiento, constituye una sanción y/o indemnización a favor del empleado, que la misma ley conmina a que cancele el empleador o el fondo encargado de la administración de las cesantías, por lo tanto, se colige que el hecho generador de la sanción pecuniaria, surge a partir de la morosidad en el reconocimiento y pago del auxilio en comento.

2.6. Del caso en concreto

Conforme a las consideraciones efectuadas, el acto administrativo mediante el cual la entidad reconoció la cesantía parcial al demandante (**Resolución 9930 del 25 de septiembre 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 09 de julio de 2018¹; 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 09 de julio de 2018**, razón por la cual la resolución de reconocimiento de la cesantía parcial debió proferirse, a más tardar el **31 de Julio de 2018**, quedando ejecutoriada el **15 de agosto** del mismo año. Por lo tanto, el término para efectuar el pago de la cesantía definitiva **feneció el 19 de octubre de 2018** e incurrió en mora a partir del día **20 del mismo mes y año**.

De otra parte, el pago de las cesantías fue puesto a disposición del docente el **12 de diciembre 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 **20 de octubre y el 11 de diciembre de 2018**, es decir, la mora fue de **53 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 parcial, es el vigente al momento en el que se empezó a causar la mora, es decir **el correspondiente al año 2018**.

2.7. De la prescripción

¹ Según información suministrada en la Resolución No. 9930 del 25 de septiembre de 2018.

Al respecto, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968², 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 Laboral³.

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, el derecho del demandante al reconocimiento y pago de la sanción moratoria se hizo exigible a partir del **20 de octubre de 2018**, por lo que tenía hasta el **20 de octubre de 2021** para reclamar el derecho; término que fue interrumpido por un lapso igual el día **15 de abril de 2019**, con la radicación de la solicitud del pago de la sanción moratoria y suspendido el **03 de agosto de 2020**, con la radicación de la demanda, sin que a la fecha se haya reanudado.

2.8. De la Indexación

Ahora bien, respecto a la indexación solicitada por el actor, 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 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 Gómez⁴, 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.

2.9. De la falta de legitimación en la causa por pasiva

² “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.”

³ “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”

⁴ Proferida dentro del Radicado No. 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18)

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el escrito de alegaciones la entidad expuso argumentos relacionados con la falta de legitimación en la causa por pasiva en la presente litis, frente a lo cual el Despacho considera que **i)** no es esta la oportunidad procesal para exponer dichos argumentos, sino que los mismos pudieron ser propuestos como excepciones al momento de contestar la demanda, escrito en el cual no hizo alusión alguna a la solicitud que ahora presenta y **ii)** como quedó argumentado en las consideraciones de esta providencia y en atención a los hechos que dieron origen a este litigio se entiende que es la Nación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG, el que se encuentra legitimado para comparecer al presente asunto.

Así las cosas, no se accede a la solicitud de declaración de falta de legitimación en la causa por pasiva presentadas por la apoderada de la entidad demandada.

3.0 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 el 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 al demandante, por la sanción ocurrida por la mora en el pago de su cesantía parcial, en la cantidad que corresponda después de realizar la operación matemática de multiplicar los **53 días de la mora** por la asignación básica diaria que devengaba al momento del inicio de la causación de la mora, esto es, para el año 2018.

3. Condena en costas y agencias en derecho

Finalmente, y comoquiera que, de conformidad con el artículo 188 del CPACA⁵, en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, pasa el Despacho a pronunciarse.

⁵ **ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS.** Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Para ello se advierte que, si bien, en el presente asunto la parte vencida es el extremo pasivo y aun cuando la parte activa solicitó en sus pretensiones que se le condene en costas, lo cierto es que, de conformidad con el inciso 2° del artículo 367 del CGP⁶ y el numeral 8° del artículo 365¹¹ del mismo estatuto, estas deben ser tasadas y liquidadas de acuerdo con criterios **verificables** y solo habrá lugar a ellas **cuando aparezcan causadas y en la medida de su comprobación**, y en el presente asunto, la parte interesada no demostró su causación, por lo que, no se accederá a ellas.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado, por ejemplo, en la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2022⁷, en la cual no condenó en costas, por las siguientes razones:

<<No procede la condena en costas, pues conforme con el artículo 188 del CPACA, en los procesos ante esta jurisdicción, la condena en costas, que según el artículo 361 del C.G.P. incluye las agencias en derecho, se rige por las reglas previstas el artículo 365 del Código General del Proceso, y una de estas reglas es la del numeral 8, según la cual “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”, requisito que no se cumple en este asunto>>.

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 15 de abril de 2019, 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 del demandante, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

6 <<Artículo 361. Composición Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.

Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes>>.

⁷ Sentencia proferida por la Sección Cuarta, con ponencia del consejero Milton Chaves García, dentro del proceso con radicado No. 73001233300020190037301.

TERCERO: ORDENAR a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar al señor Miguel Ángel Montenegro González, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.881.510, 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 20 de octubre de 2018 y el 11 de diciembre de 2018**, esto es, **por 53 días**, liquidada con asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varié por la prolongación del tiempo, por las razones ya señaladas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187 y 192 del CPACA.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

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

SÉPTIMO: RECONOCER personería adjetiva a la doctora JENNY KATHERINE RAMÍREZ RUBIO, identificada con cédula de ciudadanía 1.030.570.557 y T.P 310.344 del C.S. de la J., como apoderada de la entidad demandada de conformidad con el poder visible en el archivo 20 del expediente digital.

OCTAVO: 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:

roaortizabogados@gmail.com;

notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co;

t_jkramirez@fiduprevisora.com.co;

notjudiciales@fiduprevisora.com.co;

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Maria Cecilia Pizarro Toledo". The signature is fluid and cursive, with the first name "Maria" being the most prominent.

MARIA CECILIA PIZARRO TOLEDO

Juez

MCPT/ljb