



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

Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

RADICADO: 11001-33-35-009-2019-00386-00
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ALEJANDRA CORTÉS HERNÁNDEZ
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO - FOMAG

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 la señora **Alejandra Cortés Hernández** contra la **Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG**.

I. Antecedentes

I.1. La demanda y su contestación

I.1.1. Pretensiones

La señora **ALEJANDRA CORTÉS HERNÁNDEZ** en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), pretende se declare la nulidad del acto ficto o presunto negativo frente a la petición radicada el 08 de noviembre de 2018, al no resolver sobre la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas mediante la Resolución 5332 del 21 de julio de 2017.

Como consecuencia de lo anterior y, a título de restablecimiento del derecho, solicita se declare la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 8 de febrero de 2019, frente a la petición radicada 8 de noviembre de 2018; así misma impetra 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)** se dé

cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del CPACA; **iii)** se reconozcan y paguen los intereses moratorios desde la fecha de ejecutoria de la sentencia y hasta que se efectúe el pago de la condena y, **iv)** se condene en costas a la parte accionada.

I.1.2. Fundamentos fácticos

Señala la actora que, el mediante la Ley 91 de 1989 artículo 3, se 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.

Expresó que la Ley 91 de 1989, le asignó competencias para el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

Manifestó que el 25 de febrero de 2017, solicitó ante el FOMAG el reconocimiento y pago de sus cesantías, prestación que fue reconocida a través de la Resolución no. 5332 del 21 de julio de 2017 y efectivamente pagada el 29 de agosto de 2017, es decir, por fuera del plazo de setenta (70) días previstos por la ley para el efecto, por lo que, el 08 de noviembre de 2018, solicitó la sanción moratoria correspondiente, sin obtener respuesta de fondo.

I.1.3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

El extremo activo invocó como normas violadas las siguientes:

- ✓ Artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989;
- ✓ Artículos 1º y 2º de la Ley 244 de 1995; y
- ✓ Artículos 4º y 5º de la Ley 1071 de 2006.

Entorno al concepto de violación sostuvo la parte activa que el pago de las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG, siempre han sido menoscabadas las disposiciones que regulan la materia, pues, en algunas ocasiones se han demorado entre 4 y 5 años contrario a lo que sucede con los demás servidores públicos respecto del pago de las cesantías, ya que a estos se le cancelan dentro de los 30 días siguientes a la solicitud por tratarse de emolumentos salariales que retiene el patrono para cuando el empleado se encuentre cesante en su actividad.

Adujo que por tales circunstancias se expidieron las leyes 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, mediante los cuales se reguló el pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableciendo como término perentorio para el reconocimiento

de las mismas de 15 días y 45 días para proceder al pago de estas al servidor, luego de haberse expedido el acto administrativo de reconocimiento.

No obstante, a pesar de que la ley y la jurisprudencia ha establecido que el reconocimiento y pago no debe superar los 65 días hábiles después de radicada la solicitud, el fondo cancela fuera de los términos establecidos por la ley, lo que genera una sanción equivalente a 1 día de salario del docente.

Posteriormente transcribió el artículo 2 numeral 5 de la Ley 91 de 1989 y los artículos 1 y 2 de la ley 244 de 1995, luego concluyó que muy a pesar de que esta norma fue sustituida por la ley 1071 de 2006, es claro que la intención del legislador fue buscar que una vez que el empleado quedara cesante en su empleo, tuviera unos recursos rápidos para mitigar la ostensible rebaja de los ingresos al retirarse o perder su trabajo.

Aclaró que en principio esta sanción solo hacía referencia a las cesantías definitivas, pero con la entrada en vigencia de la ley 1071 de 2006, la protección de que el trabajador pudiera obtener su pago de las cesantías antes de los 70 días de haberse radicado la solicitud, se amplió a las cesantías parciales.

Hizo referencia a los artículos 4 y 5 de la ley 1071 de 2006 en cuanto a los términos para el reconocimiento de la solicitud y la mora en el pago, y 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, finalmente, citó sentencias proferidas por el Consejo de Estado para respaldar sus argumentos.

I.1.4. Contestación de la demanda.

El apoderado de la entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y condenas; por considerar que la parte actora no sustentó en debida forma la existencia del acto ficto o presunto que pretende se declare frente a la petición referente al reconocimiento y pago de la sanción mora del pago de las cesantías.

Así mismo solicitó **i)** se vincule a la secretaria de Educación del Distrito como litisconsorte necesario, aduciendo que dicha entidad es la encargada de emitir la Resolución de reconocimiento de cesantías y ante quien se solicitó el reconocimiento del pago de la sanción por mora; **ii)** se oficie a la Fiduprevisora S. A. a efectos de que certifique si la solicitud de sanción moratoria radicada ante la Secretaria de Educación del Distrito tuvo respuesta; y **iii)** que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

De otro lado, frente a los hechos señaló como ciertos el tercero, cuarto y quinto, y en cuanto al primero, segundo, sexto y séptimo manifestó que no son hechos y se atiene a lo probado respecto de los hechos octavo y noveno.

Propuso las siguientes excepciones: **(i)** la Improcedencia de la indexación de la sanción moratoria que presuntamente se causó a favor del demandante, habida cuenta que, la indexación de las sumas que se causen como consecuencia de la sanción moratoria no es un derecho laboral sino una penalidad económica que sanciona la negligencia del empleador, lo cual agravaría la situación del estado.

(ii) 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.

1.2. Trámite procesal

La demanda fue radicada el 17 de septiembre de 2019 y repartida a este Despacho el mismo día; mediante auto del 30 de septiembre de 2019, 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 13 de septiembre de 2021, se tuvo por contestada la demanda por parte de la entidad demandada; se negó la vinculación de la Secretaria de Educación del Distrito como Litisconsorte necesario

Posteriormente, mediante proveído el 17 de mayo de 2022, se incorporaron las pruebas aportadas por las partes; se negó la prueba solicitada por la entidad 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.

1.3. 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.

1.3.1. Alegatos de la parte actora

El apoderado 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, **25 de febrero de 2017**.

- c) El acto mediante el cual se reconoció a la actora una cesantía PARCIAL está materializado en la Resolución No. 5332 del 21 de julio de 2017, expedida por la Secretaría del Distrito 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 esto es, 29 de agosto de 2017, según el extracto de intereses a las cesantías expedido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A.

- e) La mora en el pago efectivo de la prestación reconocida equivalente a 76 días.

Invocó la aplicación de la Ley 1071 de 2006 y de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, como parámetros de estudio en el presente asunto.

En consecuencia, solicita se acojan los argumentos planteados y se acceda a las pretensiones de la demanda.

1.3.2. 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.

De otro lado, se refirió al caso concreto indicando las siguientes precisiones:

- *“El 19 de enero de 2018, 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 parciales.*
- *Mediante Resolución No. 2660 de fecha 9 de marzo de 2018, la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de unas cesantías definitivas por valor de \$2,376,687.*
- *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 29 de mayo de 2018.*
- *Mediante petición del día 8 de noviembre 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.”*

1.3.3. Concepto del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Actuación Previa – Advertencia de Nulidad

Estando el proceso al Despacho con fecha 05 de agosto de 2022 para sentencia, se evidenció una eventual irregularidad en el trámite procesal, pudiéndose configurar una causal de nulidad.

Verificado el expediente el Despacho avizó que, en el escrito de alegaciones de la Entidad demandada, ésta hacía referencia al reconocimiento y pago de la cesantía definitiva solicitada por la docente Alejandra Cortés Hernández el 29 de enero de 2018 y reconocida mediante Resolución No. 2660 del 09 de marzo de 2018, sin embargo, esta Litis se trata de la cesantía parcial solicitada el 25 de febrero de 2017 y reconocida mediante Resolución No. 5332 del 21 de julio de 2017.

En consideración a ello, posterior a una revisión exhaustiva del proceso y del trámite de las notificaciones efectuadas en el asunto de la referencia, se logró establecer que, en la notificación realizada del auto admisorio, no se adjuntó la demanda que corresponde al asunto admitido.

En virtud de lo anterior, y previo a emitir sentencia, el Despacho mediante auto del 20 de septiembre de 2022 puso en conocimiento de la Entidad demandada la irregularidad acaecida al momento de notificar el auto admisorio de la demanda, con el fin de que en el término de tres días siguientes a su notificación alegara la nulidad, so pena de que se encuentre saneada la actuación.

Así las cosas y una vez surtidas las actuaciones ordenadas, de acuerdo al informe secretarial que antecede, se tiene que la Entidad demandada guardó silencio al respecto, por lo que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 137 del CGP, la nulidad advertida se entiende saneada y el proceso continuará su curso.

2.2. Problema jurídico

De conformidad con la fijación del litigio planteada en auto del 17 de mayo de 2022, el problema jurídico se contrae a determinar si la demandante tiene derecho a que la **Nación –Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, le reconozca y pague la sanción moratoria, establecida en el párrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, ocasionada por el posible retardo en 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.

2.3. De lo acreditado en el proceso

De las pruebas obrantes en el proceso se destacan:

2.3.1. Resolución No. 5332 del 21 de julio de 2017, por medio de la cual la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de la cesantía parcial a favor de la demandante y en donde se lee que la solicitud de reconocimiento de la prestación fue radicada el 25 de febrero de 2017 (Carpeta 01 - Archivo 06 fl. 5-6)

2.3.2. Petición dirigida a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- FOMAG, Secretaría de Educación de Bogotá, radicada ante la citada Secretaría el 08 de noviembre de 2018, por medio de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria ahora reclamada (Carpeta 01 - Archivo 06 fl. 1-2).

2.3.3. Extracto de Intereses a las cesantías del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduprevisora en el cual se indica la fecha en la cual se puso a disposición de la demandante el pago (Carpeta 01 - Archivo 06 fl. 7).

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 el demandante solicitó al Fomag el reconocimiento y pago de la sanción moratoria el **08 de noviembre 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. Marco legal de la sanción moratoria causada por el retardo en el pago de las cesantías definitivas.

2.5.1 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 párrafo 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.

2.5.2. 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 1^o², 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**³ 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*

¹ Por medio de la cual “se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación

² “reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación”, aplicable a “los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro

³ M. P. Iván Humberto Escruceria Mayolo

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.

⁴ Sentencia de unificación por Importancia jurídica. SUJ-012-S2, 18 de julio de 2018, Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01, No. Interno: 4961-2015, Dte.: Jorge Luis Ospina Cardona, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandados: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima

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 peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.*
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 términos⁵: “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

⁵ Sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018, radicación No. 73001-23-33-000-2014-00580-01, No. Interno: 4961-2015.

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*).

Respecto de la 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 en torno a 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

Este Despacho acoge la forma de contabilizar la sanción moratoria establecida en la Sentencia de unificación proferida por nuestro órgano de cierre en lo Contencioso Administrativo expuesta con antelación.

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 y una vez saneada la nulidad advertida resulta procedente estudiar el caso en concreto de conformidad a las consideraciones antes expuestas.

El acto administrativo mediante el cual la entidad reconoció la cesantía parcial a la demandante (Resolución 5332 del 21 de julio de 2017), 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 25 de febrero de 2017⁶; por consiguiente tal situación se configura en **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 25 de febrero de 2017**, razón por la cual la resolución de reconocimiento de la cesantía parcial debió proferirse, a más tardar el **17 de marzo de 2017**⁷, quedando ejecutoriada el 03 de abril del mismo año. Por lo tanto, el término para efectuar el pago de la cesantía parcial **feneció el 09 de junio de 2017** e incurrió en mora a partir del día **10 del mismo mes y año**.

De otra parte, el pago de las cesantías fue puesto a disposición de la demandante el **29 de agosto de 2017**, como consta en el Extracto de Intereses a las cesantías del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduprevisora, relacionado en el acápite de pruebas de esta sentencia, por lo tanto, la sanción moratoria de la Ley 1071 de 2006 se causó entre el **10 de junio de 2017 y el 28 de agosto de 2017**, es decir, la mora fue de **80 días**.

⁶ Según información suministrada en la Resolución 5332 del 21 de julio de 2017

⁷ Teniendo en cuenta que el término comienza a contabilizarse a partir del 27 de febrero ya que el 25 de febrero según el calendario para el año 2017 correspondió al día sábado

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 salario vigente al momento en el que se empezó a causar la mora, es decir **el correspondiente al año 2017**.

2.7. De la prescripción

Al respecto, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968⁸, 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 Laboral⁹.

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 **10 de junio de 2020**, pero el **08 de noviembre de 2018**, con la presentación de la reclamación escrita, fueron interrumpidos por un término igual, término que se suspendió con la radicación de la demanda el 17 de septiembre de 2019, razón por la cual no operó la prescripción en el sub examine.

2.8. De la 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 Gómez¹⁰, señaló que mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no es pasible de indexación, sin embargo, al cesar la

⁸ “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.”

⁹ “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”

¹⁰ Proferida dentro del Radicado No. 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18)

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. 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 **80 días de la mora** por la asignación básica diaria que devengaba el demandante al momento de causarse la mora, esto es, para el año **2017**.

3.0. Por último, respecto de los medios exceptivos planteadas se declararán imprósperas teniendo en cuenta que las mismas más que una excepción era un argumento de defensa de la entidad máxime cuando el despacho aplica el precedente expuesto por el Consejo de Estado en torno a la indexación y en lo referente a las costas si bien no hay una posición unificada por parte de la alta corporación, solo se condena en costas cuando estas se causen siempre que se puedan comprobar.

4.0 Condena en costas

Finalmente, y comoquiera que, de conformidad con el artículo 188 del CPACA⁹, en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, pasa el Despacho a pronunciarse. 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 2º del artículo 367 del CGP¹⁰ y el numeral 8º del artículo 365¹¹ del mismo estatuto, estas deber 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 2022¹², 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: DECLÁRESE saneada la nulidad advertida por el Despacho en el auto del 20 de septiembre de 2022, de conformidad a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLÁRASE configurado el acto ficto negativo originado por el silencio de la administración frente a la petición del 08 de noviembre de 2018, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: DECLÁRASE 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.

CUARTO: DECLÁRASE que no prosperan las excepciones de improcedencia de la indexación e improcedencia de la condena en costas, de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: ORDÉNASE a la Nación- **Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, reconocer y pagar a la señora **Alejandra Cortés Hernández**, la sanción moratoria prevista en el párrafo 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 **10 de junio de 2017 y el 28 de agosto de 2017**, esto es, por **80 días**, liquidada con la asignación básica diaria que devengaba la demandante al momento de causarse la mora, esto es, para el año 2017,

sin que varíe por la prolongación del tiempo, por las razones ya señaladas en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: 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.

SEPTIMO: SIN CONDENA EN COSTAS en esta instancia, por lo expuesto en la parte motiva.

OCTAVO: Por Secretaría **REMÍTASE** copia de esta providencia, en los términos del artículo 205 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, a los siguientes correos electrónicos:

notificacionesbogota@giraldoabogados.com.co;

notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co;

procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co; notjudicial@fiduprevisora.com.co;

t_jkramirez@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

MARIA CECILIA PIZARRO TOLEDO

Juez

MCPT/ scc

Firmado Por:

Maria Cecilia Pizarro Toledo

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: **4f51827278f39f630ad702301126c60994b774e1967a9228160a9cb5371568d5**

Documento generado en 27/01/2023 05:02:12 PM

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