REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

JUZGADO NOVENO (9°) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD

CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Radicado:	11001-33-35-009-2019-00484-00
Naturaleza:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	MIREYA LOPEZ DE MOLINA
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 **Mireya López de Molina** 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

La señora **Mireya López de Molina** 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 08 de enero 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, solicita se declare la nulidad del acto ficto o presunto configurado en 8 de abril de 2019, frente a la petición radicada 8 de enero de 2019; así mismo impetra se ordene a la entidad demandada a: **i)** reconocer y pagar la sanción moratoria prevista en la leu 244 de 1995 y 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 los intereses moratorios y **iv)** condenar en costas a la parte demandada.

1.1.2. 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 14 de agosto de 2015, solicitó ante el FOMAG el reconocimiento y pago de sus cesantías, prestación que fue reconocida a través de la Resolución No. 7224 del 10 de diciembre de 2015 y efectivamente pagada el 29 de febrero de 2016, es decir, por fuera del plazo de setenta (70) días previstos por la ley para el efecto, por lo que, el 08 de enero de 2019, solicitó la sanción moratoria correspondiente, sin obtener respuesta de fondo.

Adujo que mediante Resolución 7224 de 10 de diciembre de 2015 expedida por la directora de Talento Humano- Secretaría de Educación del Distrito, le fue reconocida las cesantías solicitadas, las cuales le fueron canceladas el 29 de febrero de 2016, a través de una entidad bancaria.

Por último, indicó que solicitó el pago de las cesantías el 14 de agosto de 2015 y que el plazo para cancelarlas fue hasta el 26 de noviembre de 2015, empero la entidad lo realizó el 29 de febrero de 2016, por lo tanto, transcurrieron 92 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelar hasta el momento en que se efectuó el pago.

Que, mediante petición de la petición del 8 de enero de 2019, pidió a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción mora por pago tardío de las cesantías y ésta resolvió negativamente en forma ficta.

1.1.3. Normas Violadas y Concepto de Violación

Como normas violadas la parte actora invoca las siguientes:

- ✓ Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15
- ✓ Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2
- ✓ Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5

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.

1.1.4. Escrito de contestación.

El apoderado de la entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones; explicó las competencias del FOMAG a la luz de la Ley 91 de 1989 y 962 de 2005.

En cuanto a los hechos señaló como ciertos del 1 al 3, el 6,7, 8, 10. 11 y 12, y expresó que los hechos 4 y 5 no son ciertos y que el 3 se atiene a lo que se pruebe.

Adicionalmente expuso que la presencia de problemas operativos en las entidades territoriales ha impedido el cumplimiento de los términos para proyectar las respectivas Resoluciones que reconocen las prestaciones sociales de los educadores nacionales afiliados al FOMAG.

Adicional a ello, también citó la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 18 de julio de 2018 en torno al tema y precisó que el término para la sanción moratoria empezará a contarse a partir de la radicación de la petición correspondiente.

De otro lado propuso como excepciones:

- **Prescripción extintiva:** Para ello invocó como fundamento el art. 2512 del Código Civil y lo dispuesto por el Consejo de Estado en la sentencia del 15 de

febrero de 2018 (2013-00188) y conforme a los argumentos sustanciales y jurisprudenciales expuso:

Inicio de la mora	27/11/2015
Solicitud de la sanción moratoria (reclamación administrativa)	**08/01/2019**
Fecha de prescripción del derecho	**27/11/2018**
¿Operó la prescripción?	SI

- **Genérica,** para lo cual solicitó que se ordene de oficio la práctica de las pruebas pertinentes y declarar oficiosamente las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con el ordenamiento procesal.

Finamente solicitó declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, ordenar el archivo del expediente y condenar en costas judiciales y agencias en derecho a la parte actora.

1.2 Trámite procesal

La demanda fue radicada el 29 de noviembre de 2019, y correspondió por reparto el mismo día; mediante proveído del 27 de enero de 2020 se inadmitió, con el fin de que la parte actora aportara al proceso memorial poder cuya fecha de otorgamiento sea posterior a la fecha de configuración del acto administrativo demandado.

Una vez cumplido lo requerido por el Despacho, mediante auto del 08 de septiembre de 2020 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.

Acto seguido, mediante auto del 22 de noviembre de 2021 se profirió auto en el que se tuvo por contestada la demanda, se fijó el litigio y se incorporaron las pruebas aportadas por las partes. Posteriormente mediante providencial del 14 de junio de 2022 este Despacho 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 no emitió ningún concepto al respecto.

1.2.1.1. Alegatos de la parte actora

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

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

Explicó que, el acto administrativo está suscrito por el secretario de educación de la entidad territorial, pero en nombre y representación del FOMAG; para terminar, invocó la aplicación de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, como doctrina vinculante en la materia. Por lo anterior, 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.**

Adujo, que es fundamental tener en cuenta el fenómeno de la **prescripción**, de manera que para ello invocó el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral y un pronunciamiento del Consejo de Estado - Sección Segunda del 25 de agosto de 2016. Y finalmente concluyó, que teniendo en cuenta lo alegado por la demandante en el *sub examine*, se tiene que, si la convocante solicitó el 14 de agosto de 2015 ante la Secretaria de Educación de Bogotá el reconocimiento y pago de una cesantía

definitiva, dicha entidad gozaba de 15 días hábiles para expedir el correspondiente acto administrativo, no obstante, fue hasta el 10 de diciembre de 2015 que se manifestó al respecto mediante Resolución No. 7224; en tal medida precisó que el término para el pago oportuno de las cesantías solicitadas venció el 26 de noviembre de 2015, con lo cual se tiene que a partir del día siguiente se hizo exigible su derecho de acudir ante la administración para solicitar el reconocimiento de la sanción moratoria, por lo que desde esa fecha empezó a correr el término de prescripción trienal que afecta a este tipo de sanción, el cual feneció el 27 de noviembre de 2018.

Así las cosas, **solicitó negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda** y, en su lugar, absolver al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, pues al momento de interponer la solicitud «08 de enero de 2019», habían transcurrido 3 años, 1 mes y 14 días, lo que indica, que ya había operado la prescripción extintiva.

1.2.1.3. Concepto del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

De conformidad con la fijación del litigio planteada en auto del 22 de noviembre de 2021, el problema jurídico se contrae a determinar si la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, le reconozca y pague la sanción por el no pago oportuno de su cesantía, en caso afirmativo, determinar si la suma resultante es objeto de indexación o si le asiste razón a la demandada y se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva de sus derechos.

2.2. De lo acreditado en el proceso

De las pruebas obrantes en el proceso se destacan:

2.2.1. Resolución No. 7224 del 10 de diciembre de 2015, por medio de la cual la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de la cesantía parcial en favor de la docente Mireya López de Molina, en donde se lee que la solicitud de reconocimiento de la prestación fue radicada el 14 de agosto de 2015 (carpeta 01; archivo 06 - págs. 6 – 8).

2.2.2. Petición dirigida a la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, radicada ante la Secretaría de Educación de Bogotá el **08 de enero de 2019,** por medio de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria ahora reclamada (carpeta 01; archivo 06 – págs. 1 – 3).

2.2.3. Certificación expedida por la Fiduprevisora S.A., en la cual consta que, el monto reconocido por concepto de cesantías fue puesto a disposición de la demandante a partir del 29 de febrero de 2016 (carpeta 01; archivo 06 – pág. 9).

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 08 de enero 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. Marco legal de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías.

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 1º[2], la normativa reseñada,

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

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 20173** 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".*

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 Escrucería Mayolo

A su turno, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018[4], 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 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.*

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

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 términos[7]: *"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).*

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 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.

2.5. Del caso en concreto

Conforme a las consideraciones efectuadas, el acto administrativo mediante el cual la entidad reconoció la cesantía parcial a la demandante (Resolución 7224 del 10 de diciembre de 2015), 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 14 de agosto de 2015[5]; 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 14 de agosto de 2015**[6], razón por la cual la resolución de reconocimiento de la cesantía parcial debió proferirse, a más tardar el **07 de septiembre de 2015**, quedando ejecutoriada el **21 del mismo mes y año**. Por lo tanto, el término para efectuar el pago de la cesantía parcial **feneció el 26 de noviembre de 2015** e incurrió en mora a partir del día **27 del mismo mes y año.**

De otra parte, el pago de las cesantías fue puesto a disposición de la docente el **29 de febrero de 2016**, como consta en la certificación expedida 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 **27 de noviembre de 2015 y el 28 de febrero de 2016**, es decir, la mora fue de **94 días**.

2.6. De la prescripción

Sobre este asunto, el Despacho se pronunciará en relación con la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada en el escrito de alegaciones finales, de conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A., así:

Al respecto, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968[7], en concordancia con el artículo 102 Decreto 1848 de 1969, prevé la prescripción, y en similares términos se consigna en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral[8].

---

[5] Según información suministrada en la Resolución No. 7224 del 10 de diciembre de 2015.

6 Tal como se desprende del cuerpo de la Resolución 7224 de 2015 mediante el cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial para estudio

[7] "Artículo 41°.- 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"

Por su parte el Consejo de Estado, en Sentencia del 15 de febrero de 2018, radicación 27001-23-33-000-2013-00188-01, numero interno 0810-2014, consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez, acudiendo a la 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.

En este sentido explicó:

> *"(…) la sanción moratoria se debe* ***reclamar desde que esta se hace exigible****, so pena de que opere la prescripción, al respecto:*
> *(…)*
>
> ***Prescripción de los salarios moratorios***
>
> *Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios[9] a la prestación "cesantías".*
>
> *Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.*
>
> *Como hacen parte del derecho sancionador[10] y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.*
> *(…)*
>
> *En aplicación del criterio jurisprudencial expuesto, según el cual la sanción moratoria es prescriptible y se aplica el término previsto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, en el presente asunto se coligen estos aspectos:*
> *(…)*
>
> *Se concluye de lo expuesto que la demandante reclamó su derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo* ***por fuera de los tres años contados a partir del día en que se hizo exigible la sanción moratoria*** *y, por lo anterior en el caso en concreto operó la prescripción extintiva, objeto del recurso de apelación que se analiza"* (Resaltado fuera del texto original).

---

[9] Tal indemnización no tiene el carácter de accesoria a las cesantías, como pasa a precisarse en esta providencia, a pesar de que en diversas providencias, se le haya dado tal connotación; ver, entre otras, el auto de 21 de enero de 2016, radicación número: 27001-23-33-000-2013-00166-01(0593-14).

[10] En sentencia C-448 de 1996, la Corte Constitucional consideró que esta sanción "busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora…"

Ahora bien, según lo visto previamente, el derecho de la demandante al reconocimiento y pago de la sanción moratoria **se hizo exigible a partir del 27 de noviembre de 2015**, por lo que tenía hasta el **27 de noviembre de 2018** para reclamar el derecho, pero solo lo hizo hasta el **08 de enero de 2019**, cuando ya había operado el fenómeno extintivo de la prescripción, como lo adujo la entidad demandada en su escrito de contestación y de alegaciones finales, razón por la cual le feneció el derecho a percibir la sanción por mora, y así se declarará en la parte resolutiva de la providencia.

No sobra precisar que, comoquiera que operó el fenómeno prescriptivo, el Despacho considera inane pronunciarse respecto de la solicitud de vinculación de la Fiduprevisora S.A. y la entidad territorial, formulada por la entidad demandada en el escrito de alegaciones finales, así como respecto de los argumentos relacionados con la falta de legitimación en la causa por pasiva, presentados por ese mismo extremo.

2.7. Indexación

Conforme a lo expuesto, respecto a la indexación solicitada por la actora, considera este Despacho que no hay lugar a emitir pronunciamiento al respecto, pues como se expuso, en el *sub examine* ha operado el fenómeno jurídico de la Prescripción Extintiva del Derecho.

3. Condena en costas y agencias en derecho

Finalmente, y comoquiera que, de conformidad con el artículo 188 del CPACA[9], 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 activo y aun cuando la parte pasiva solicitó en su escrito de contestación que se le condene en costas a la demandante, lo cierto es que, de conformidad con el inciso 2°

del artículo 367 del CGP[11] y el numeral 8° del artículo 365[12] 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 2022[13], 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 radicada el 08 de enero de 2019, conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción extintiva del derecho frente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria y, en consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

TERCERO: SIN CONDENA en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

---

11 <<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>>.
12 Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:
(…) 8. Solo habrá lugar a costas **cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>.**
13 Sentencia proferida por la Sección Cuarta, con ponencia del consejero Milton Chaves García, dentro del proceso con radicado No. 73001233300020190037301.

CUARTO: En los términos y para los efectos del poder general que obra en el archivo 28 y 29 del expediente digital, **RECONOCER** personería al abogado **LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.211.391 de Bogotá, y portador de la Tarjeta Profesional No. 250.292, como APODERADO PRINCIPAL de la entidad demandada.

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

SEXTO: 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:
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co;
procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co;
notjudicial@fiduprevisora.com.co;
t_jkramirez@fiduprevisora.com.co; notificacionesbogota@giraldoabogados.com.co

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

OCTAVO: 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

MARÍA 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: **b8a0004282c98fb2ae0e7e7576e4c353a66bc5ff797bb5e946b0e49e9ea32f33**

Documento generado en 27/01/2023 05:02:13 PM

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