



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO NOVENO (9º) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Sentencia No. 021

Bogotá D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO 11001-33-35-009-2020-00160-00
NATURALEZA NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE MARIELA BARRIGA CASTAÑEDA
NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-
DEMANDADO 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 causales de nulidad, el Juzgado profiere sentencia según el 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 **Bladimir González Murcia** 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

Mariela Barriga Castañeda, a través de apoderado judicial, interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación –Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG, a fin de que se declare la nulidad del acto ficto o presunto configurado el **17 de agosto de 2018**, producto del silencio de la administración frente a la petición del **17 de mayo de 2018** y mediante el cual se le negó el pago de la sanción por mora establecida en el artículo 5 de la ley 1071 de 2006.

Como consecuencia de lo anterior y, a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la entidad demandada: **i)** reconocer y pagar la sanción moratoria 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 189 y 192 del CPACA; **iv)** reconocer y pagar los intereses moratorios y la condena en costas a la entidad demandada.

1.1.2. Fundamentos fácticos

Señala la actora que, 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.

Narró la actora que mediante petición radicada el **30 de marzo de 2017**, solicitó ante el FOMAG el reconocimiento y pago de sus cesantías, prestación que fue reconocida a través de la **Resolución No. 6121 de 28 de agosto de 2017** y efectivamente pagada el **12 de octubre del mismo año**, es decir, por fuera del plazo de setenta (70) días previstos por la ley para el efecto, por lo que, el **17 de mayo de 2018**, solicitó la sanción moratoria correspondiente, sin obtener respuesta de fondo.

1.1.3. 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.

1.2. Contestación de la demanda.

La entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y condenas.

En cuanto a los hechos indicó que el primero, segundo, sexto y séptimo; no eran hechos; tuvo como ciertos del tercero y cuarto y frente al quinto, octavo y noveno adujo que se atenía a lo que se pruebe.

Posteriormente propuso como excepciones:

- Improcedencia de la indexación de la sanción moratoria.
- Improcedencia de la condena en costas
- Excepción genérica.

1.3. Trámite procesal

La demanda fue repartida el 24 de julio de 2020; y mediante providencia del 15 de febrero de 2021, se inadmitió la demanda y una vez subsanada, este Juzgado mediante auto del 18 de mayo de 2021, admitió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia contra **la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG**, el cual se notificó personalmente el 02 de julio de 2021.

Una vez fenecido el término otorgado a la entidad habiendo esta contestado en oportunidad, mediante auto del 07 de junio de 2022, se tuvo por contestada la demanda, con relación a las excepciones se dispuso que se resolverían en sentencia conforme el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021. Se fijó el litigio, se incorporaron las pruebas aportadas por las partes, 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, ninguna de las partes remitió escrito de alegaciones finales. El Agente del Ministerio Público no emitió concepto al respecto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

Conforme con la fijación del litigio planteada en auto del 07 de junio de 2022, el problema jurídico se contrae en determinar si hay lugar a declarar la existencia y

nulidad del acto ficto o presunto frente a la petición del 17 de mayo de 2018.

Así mismo si el demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, le reconozca y pague la sanción moratoria, establecida en la Ley 244 de 1995 y en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, ocasionada por el posible retardo en que pudo incurrir frente al reconocimiento y pago del valor de sus cesantías.

Por último, se debe establecer si hay lugar al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia.

2.2. De lo acreditado en el proceso

Del material probatorio obrante en el proceso se destacan:

2.2.1. Resolución 6121 de 28 de agosto de 2017, por medio de la cual la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de la cesantía definitiva en favor de la docente Mariela Barriga Castañeda, en donde se lee que la solicitud de reconocimiento de la prestación fue radicada bajo **el No. 2017-CES-420414 del 10 de marzo del 2017**¹([archivo 02, fl. 3-6](#)).

2.2.2. Certificación de pago de cesantías del bando BBVA, en la que se advierte que los dineros de las cesantías se pusieron a disposición del demandante el 12 de octubre de 2014. ([archivo 02 fl. 7](#))

2.2.3. Petición dirigida a la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, radicada ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 17 de mayo de 2018 con No. E-2018-81787, por medio de la cual el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria ahora reclamada ([archivo 07](#))

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

¹ Si bien en el hecho octavo de demanda se manifiesta que la fecha de radicación es 30 de marzo de 2017, en la Resolución 6121 de 28 de agosto de 2017, la demandada manifiesta que recibió solicitud el 10 de marzo de 2017.

presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa>> (Subrayado del Despacho)

En el presente proceso se encuentra probado que la demandante solicitó al Fomag el reconocimiento y pago de la sanción moratoria el **17 de mayo de 2018**, sin que a la fecha haya recibido respuesta de fondo, razón por la cual al haber transcurrido más de tres (3) meses, desde la presentación de la solicitud, sin obtener respuesta clara y definitiva, se tiene por configurado el referido acto ficto o presunto negativo.

2.4. 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 2º 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 2006² cuyo objeto quedó plasmado en el artículo 13, 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

² 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.

³ “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.

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**⁴ 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 cubre 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 2018⁵ 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

4 M. P. Iván Humberto Escrucera Mayolo.

5 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.

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, tal 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 ley 5 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 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. 1071/2006, **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 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	12 días, de expedido el acto definitivo	45 días posteriores a la ejecutoria	57 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.

Destacándose, que para la fecha de pago se deberá tener en cuenta la fecha en que se

puso a disposición los valores ordenados.

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.

2.4.3. Sobre la responsabilidad del pago de la sanción

Sobre la legitimación para responder por la sanción moratoria causada después del 31 de diciembre de 2019, y que, según las previsiones de la Ley 1955 de 2019, la Secretaría de Educación de la entidad territorial o el Fondo debe asumir dicha obligación.

Desde esta perspectiva, debe tenerse en cuenta que el FOMAG fue creado por la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, pero sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria.

El artículo 9 de esta normativa estableció que las prestaciones sociales pagadas por el FOMAG serían reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que se delegaría en las entidades territoriales. Así se prevé en el artículo 180 de la Ley 115 de 1994.

En un primer momento los Decretos 1775 de 1980 y 2234 de 1998, consagraron que el reconocimiento de las prestaciones a cargo del fondo se efectuaría por intermedio de representante permanente de dicho organismo territorial.

Sin embargo, posteriormente se expidió la Ley 962 de 2005, que en su artículo 56 estableció algunas directrices generales para el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al FOMAG. Allí se determinaron básicamente tres puntos: i) que dichas prestaciones deben ser reconocidas por el fondo, con la aprobación del proyecto de resolución por parte de la entidad fiduciaria encargada de su administración; ii) que el proyecto de resolución debe ser elaborado por el secretario de Educación de la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente; iii) y que el acto administrativo de reconocimiento debe efectuarse mediante resolución suscrito por el secretario de Educación de la entidad territorial.

Esta Ley fue reglamentada por el Decreto 2831 de 2005, donde se estableció el procedimiento para reconocer las prestaciones económicas a cargo del FOMAG, señalando que una vez presentada la solicitud ante la Secretaría de Educación a la que se encontraba vinculado el docente, esta debía elaborar el proyecto de acto administrativo para remitirlo junto con los anexos del caso a la entidad fiduciaria, que a su turno se ocuparía de impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones en que se sustentará su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la Secretaría de Educación.

Luego, una vez aprobado el proyecto de resolución por parte de la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del fondo, debía ser suscrita por el secretario de educación del ente territorial certificado, quien se encargaría de su notificación. Por último, el acto administrativo de reconocimiento debía remitirse junto con la constancia de ejecutoria para efectos del pago.

Bajo este contexto, se puede concluir con claridad que aun cuando la gestión de las solicitudes relacionadas con las prestaciones económicas a cargo del FOMAG, se efectúa a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales, y que estas actúan en representación de la Nación, es claro que cada entidad tiene un rol definido que debe ser desarrollado dentro del plazo legal.

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

2.5. Del caso en concreto

Conforme a las consideraciones efectuadas, el acto administrativo mediante el cual la entidad reconoció la cesantía definitiva al demandante (Resolución 6121 de 28 de agosto 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 10 de marzo de 2017⁶; 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.

Se reitera que la petición se elevó el **10 de marzo de 2017**, por eso la resolución de reconocimiento de la cesantía definitiva debió proferirse, a más tardar **el 03 de abril de 2017**, y su ejecutoria **el 19 de abril del 2017**. Por lo tanto, el término para efectuar el pago de la cesantía definitiva **feneció el 27 de junio de 2017** e incurrió en mora a partir del día **28 del mismo mes y año**.

De otra parte, con respecto al pago de las cesantías, la parte demandante presentó Certificado de pago de cesantías proferido por el banco BBVA, en la que se advierte que los dineros de las cesantías se pusieron a disposición de la demandante el **12 de octubre de 2017**. ([archivo 02 fl. 7](#)), documento que no fue objetado por la demandada en su escrito de contestación.

⁶ Según información suministrada en la Resolución 6121 de 28 de agosto de 2017

En consecuencia, la sanción moratoria de la Ley 1071 de 2006 se causó entre el **28 de junio de 2017 y el 12 de octubre de 2017**, es decir, la mora fue de **106 días**.

En relación con el salario **que debe tenerse en cuenta para liquidar la mora**, la misma sentencia de unificación citada precisó que, cuando se trata de cesantía definitiva, es la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público. En tal virtud así se ordenará a la entidad que efectúe el pago.

Finalmente, se hace necesario precisar que la Ley 1955 de 2019 “*Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022*”, en el parágrafo del artículo 57 estableció responsabilidad en el pago de las sanciones moratorias a las Secretarías de Educación territoriales, dicha disposición empezó a operar, para estas, a partir del 1º de enero de 2020, por lo que, las causadas al 31 de diciembre de 2019, estarían a cargo del FOMAG, entidad que las pagaría con los títulos de tesorería que para tal efecto emitiera el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Por tanto, en este caso al reclamarse el pago de la sanción moratoria cuya causación se remite a una fecha anterior al 31 de diciembre de 2019, la imputación de su pago corresponde al FOMAG.

2.6. De la prescripción

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968⁷, en concordancia con el artículo 102 Decreto 1848 de 1969, prevé la prescripción, y en similares términos se consigna en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁸.

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

Conforme a lo anterior, los tres años iniciales vencían el **28 de junio de 2020**, pero el **17 de mayo de 2018**, con la presentación de la reclamación escrita, fueron interrumpidos por un término igual; así como también, con la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial el **03 de septiembre de 2018**⁹ que se suspendió el **24 de julio de 2020**, con la radicación de la demanda, de manera que no operó la prescripción en el *sub examine*.

2.7. De la Indexación

⁷ “Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

⁸ “Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual”

⁹ Archivo 02 del expediente digital fl. 8 y 9

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 CPACA, 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 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.

3. Conclusión

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

Como restablecimiento del derecho, se ordenará a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pagar a la demandante, por la sanción ocurrida por la mora en el pago de su cesantía definitiva, en la cantidad que corresponda después de realizar la operación matemática de multiplicar los **106 días de la mora** con fundamento en la asignación básica devengada por la actora vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público.

4. 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 2° del artículo 367 del CGP¹¹ y el numeral 8° del artículo 365¹² 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.

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

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>>.**

Así lo ha entendido el Consejo de Estado, por ejemplo, en la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2022¹³, 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 **17 de mayo de 2018**, conforme a las consideraciones expuestas.

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

TERCERO: ORDENAR a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar a **Mariela Barriga Castañeda**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.566.651, 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 **28 de junio de 2017 y el 12 de octubre de 2017**, esto es, **106 días**, liquidada con la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público, por las razones ya señaladas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR la prosperidad de las excepciones de Improcedencia de la indexación de la sanción moratoria e Improcedencia de la condena en costas propuestas por la entidad demandada, de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

QUINTO: Las sumas que resulten a favor de la accionante deberán ser indexadas, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 187 del CPACA, conforme al índice de precios del consumidor que publica el DANE.

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

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

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

procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co;

t_acruz@fiduprevisora.com.co;

notificacionescundinamarcalqab@gmail.com;

notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co;

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

NOVENO: 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

ktmc