REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

JUZGADO NOVENO (9°) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD

CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., seis (6) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Radicado:	11001-33-35-009-2020-00206-00
Naturaleza:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	CAMILO ANDRÉS BEJARANO PÉREZ
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – 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 Camilo Andrés Bejarano Pérez contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda y su contestación

1.1.1. Pretensiones

Según el líbelo inicial, la parte actora del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), pretende la nulidad del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio de la administración frente a la petición del 28 de junio de 2019, por la que solicitó el reconocimiento y pago de la moratoria por el pago de las cesantías.

Como consecuencia de lo anterior y, a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la entidad demandada: **i)** reconocer y pagar la sanción moratoria 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 la condena en costas a la entidad demandada.

1.1.2. Fundamentos fácticos

El demandante por laborar como docente solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho, tal prestación se reconoció mediante Resolución 7074 de 02 de agosto de 2018, y pagada por la entidad bancaria el 23 de abril de 2019; por fuera del plazo de setenta días previstos por la ley, por lo que, **el 28 de junio de 2019, solicitó la moratoria correspondiente**, sin respuesta de fondo.

1.1.3. Normas Violadas y Concepto de violación

El extremo activo invocó como normas violadas los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1º y 2º de la Ley 244 de 1995; y 4º y 5º de la Ley 1071 de 2006.

Explicó que, mediante las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 el legislador reguló la situación relacionada con el pago de las cesantías parciales y definitivas de todos los servidores y estableció como términos perentorios para su reconocimiento, 15 días para la expedición del acto administrativo y 45 días para el pago efectivo; sin embargo, jurisprudencialmente se ha dicho que, en todo caso, el pago no puede superar los 65 días hábiles, so pena de incurrir en sanción por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo.

Señaló que, en los términos de la Ley 91 de 1989, la entidad competente para reconocer y pagar tanto las cesantías como la sanción moratoria es el FOMAG, además indicó que el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006 estableció los términos con los que cuenta la Entidad empleadora para resolver la solicitud de reconocimiento, así como también la normatividad citada refirió lo relacionado con la mora en el pago de las prestaciones.

Según lo anterior, la legislación existente, al establecer un término perentorio para la liquidación de la cesantía, buscó que la administración expidiera la resolución oportunamente, evitando que la autoridad demorara su respuesta, pretendiendo evadir la acción de la justicia.

Finalmente citó sentencias proferidas por el Consejo de Estado en 2008, 2009 y 2010 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 tuvo como ciertos del primero al cuarto y el noveno; frente al quinto que no es cierto, y el octavo parcialmente cierto; y frente al sexto y séptimo adujo que no eran hechos.

Posteriormente propuso como excepciones:

- Pago de las cesantías se entiende satisfecho en el momento en que se produce el abono en la cuenta, independientemente del momento en que esta el valor se retire por el titular del derecho
- Cobro de lo no debido
- De la improcedencia de la indexación y/o actualización monetaria de la sanción moratoria
- Improcedencia de la condena en costas.
- Genérica.

Cabe precisar que la Entidad demandada aportó certificado de pago de las cesantías, y no se opuso a las allegadas por el demandante.

1.3. Trámite procesal

La demanda fue radicada el 18 de agosto de 2020; y mediante providencia del 15 de febrero de 2021, este Juzgado 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 21 de junio de 2022.

Una vez fenecido el término otorgado a la entidad habiendo esta contestado en oportunidad, mediante auto del 12 de mayo de 2023 se tuvo por contestada la demanda, se dijo que las excepciones de mérito serian resueltas en la sentencia, 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, las partes remitieron el escrito de alegaciones finales. Por su parte, el Agente del Ministerio Público no emitió concepto al respecto.

1.4.1. Alegatos de la parte actora

La parte demandante ratificó los hechos y pretensiones de la demanda y expuso que, de acuerdo con los documentos arrimados 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, 12 de febrero de 2018.*
> *c) El acto mediante el cual se reconoció a la actora una cesantía parcial está materializado en la Resolución No. 7074 del 02 de agosto de 2018, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá actuando en nombre y representación de La Nación-Fondo Nacional del Prestaciones Sociales del Magisterio.*
> *d) La fecha en que le canceló la prestación reconocida, 23 de abril de 2019, según el certificado expedido por la Fiduciaria La Previsora S.A.*
> *e) La solicitud de reconocimiento y pago de la Sanción por mora prevista en la ley 1071 de 2006 ante la entidad, sin que a la fecha se tenga una respuesta de fondo."*

Reiteró las disposiciones de la Ley 1071 de 2006, Decreto 2831 de 2005, que dice que la entidad territorial respectiva solo produce una actividad administrativa bajo la tutela de la entidad administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, encargado del pago de las prestaciones sociales y obligaciones accesorias a las mismas.

Además, anotó que en el expediente obran pruebas suficientes para demostrar la fecha de pago y así se puede corroborar con el extracto de Fiduprevisora allegado, adicional a ello es importante resaltar que frente a la aplicación de la ley 1071 de 2006, es necesario mencionar que el Consejo de Estado sección 2 subsección A con ponencia del consejero Gustavo Gómez Aranguren en sentencia del 21 de octubre de 2011, dejo claro que la ley 1071 de 2006 es aplicable a los docentes afiliados al Fonpremag, en razón a la aplicación del derecho a la igualdad y al principio *indubio pro operatio* (favorabilidad en materia laboral)

Finalmente citó la sentencia de Unificación del Consejo de Estado de fecha 18 de Julio de 2018, dentro del Expediente radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-00 radicado interno No. 4961-2015, que constituye una doctrina vinculante en cuanto el régimen aplicable a los docentes respecto de la sanción por mora en la cancelación oportuna de las cesantías, en la aplicación de la Ley 1071 de 2006 y la Ley 244 de 1995, así como también la sentencia de la Corte Constitucional, SU 336 de 2017, concluyó que los docentes al servicio del estado tienen derecho, previo al cumplimiento de los requisitos legales y según se evalué en cada caso en concreto al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

1.4.2. Alegatos de conclusión de la entidad demandada

La entidad demandada expuso las generalidades del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, y al respecto citó las disposiciones de la Ley 91 de 1989.

De otro lado, sobre el término señalado como sanción moratoria a cargo del FOMAG y la Fiduprevisora, refirió que es menor al que señala la parte demandante, señalando que el término mediante el cual la secretaria de educación tenía para dar contestación a la solicitud de cesantías era hasta el dos (02) de marzo de 2018, teniendo en cuenta que la radicación de la solicitud de estas se realizó el día 12 de febrero de 2018 No obstante, el acto administrativo No 7074 del que accedió al reconocimiento de las cesantías, fue expedido el 02 de agosto de 2018.

Que el 17 de agosto de 2018, el acto administrativo quedó en firme, por lo tanto, a partir de ese momento se cuenta el término para el ente pagador de cuarenta y cinco (45) días para realizar el pago, es decir hasta el veintidós (22) de octubre de 2018 y las mismas fueron pagadas el día 29 de octubre de 2018; concluyendo de ello que, el retardo es por cuenta de la Secretaria de Educación del Distrito.

Por lo que, trajo a colación la ley 1955 del 25 de mayo de 2019 que en su artículo 57, y sostuvo que en principio la Secretaría, señalará que se ciñó al procedimiento enmarcado en los artículos 2,3,4 y 5 del Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005que reglamentó el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 indicando que suscribió el acto administrativo previa aprobación por parte del ente pagador. El Consejo de Estado en sentencia SU-00580 de 18 de julio de 2018 señaló que la normatividad se contradice frente a los términos enmarcados en ley 1071 de 2006 debiéndose aplicar los términos establecidos en la ley y no en el decreto reglamentario.

Más adelante, alegó el por qué no es procedente el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por la consignación inoportuna de las cesantías del año 2020, en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

• En intereses de cesantías, las condiciones del régimen especial que ampara a los docentes afiliados a FOMAG son más favorables que las del régimen de las sociedades administradoras de fondos de cesantías, ya que la liquidación de intereses se realiza sobre el saldo acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, correspondiente al DTF certificado por la Superintendencia Financiera.

• Precisó que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías es una penalidad para que el empleador reconozca y pague oportunamente la prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como propósito. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.

Finalmente solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda.

1.2.1.3. Concepto del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

Conforme con la fijación del litigio planteada en auto del 12 de mayo de 2023, el problema jurídico se contrae en determinar si se debe declarar la existencia y nulidad del acto ficto o presunto frente a la petición del 28 de junio de 2019. 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. De igual manera si tiene derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia. Por último, se debe establecer si se debe condenar en costas a la entidad demandada.

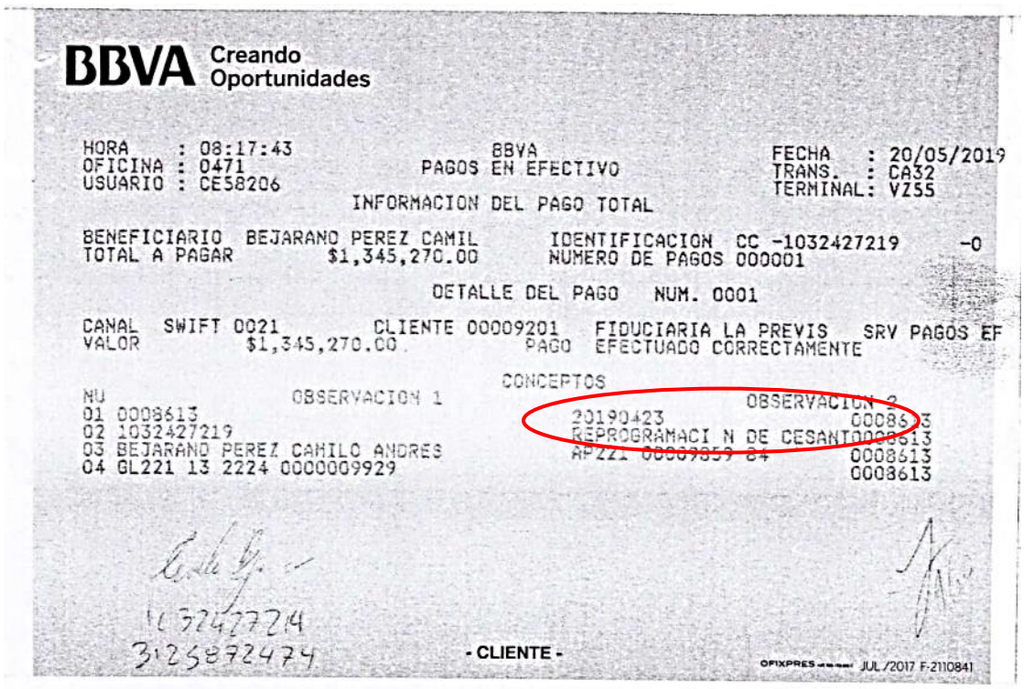
2.2. De lo acreditado en el proceso

De las pruebas obrantes en el proceso se destacan:

2.2.1. Resolución 7074 de 02 de agosto de 2018, por medio de la cual la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de la cesantía definitiva en favor del docente Camilo Andrés Bejarano Pérez, en donde se lee que la solicitud de reconocimiento

de la prestación fue radicada el 12 de febrero de 2018 (páginas 20 – 22 del archivo 01 del expediente electrónico).

2.2.2. Constancia de pago del Banco BBVA, de fecha 20 de mayo de 2019, beneficiario señor Camilo Andrés Bejarano Pérez, en la que se advierte que los dineros se pusieron a disposición del demandante nuevamente con fecha "**20190423**", por su reprogramación, como se advierte[1]:


BBVA Creando Oportunidades

HORA : 08:17:43 BBVA FECHA : 20/05/2019
OFICINA : 0471 PAGOS EN EFECTIVO TRANS. : CA32
USUARIO : CE58206 TERMINAL: VZ55

INFORMACION DEL PAGO TOTAL

BENEFICIARIO BEJARANO PEREZ CAMIL IDENTIFICACION CC -1032427219 -0
TOTAL A PAGAR $1,345,270.00 NUMERO DE PAGOS 000001

DETALLE DEL PAGO NUM. 0001

CANAL SWIFT 0021 CLIENTE 00009201 FIDUCIARIA LA PREVIS SRV PAGOS EF
VALOR $1,345,270.00 PAGO EFECTUADO CORRECTAMENTE

CONCEPTOS

NU OBSERVACION 1 OBSERVACION 2
01 0008613 20190423 0008613
02 1032427219 REPROGRAMACI N DE CESANT 0008613
03 BEJARANO PEREZ CAMILO ANDRES AP221 00009859 84 0008613
04 GL221 13 2224 0000009929 0008613

1032427724
3125872474

- CLIENTE -

OFIXPRES JUL/2017 F-211084

2.2.3. Petición dirigida a la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, radicada ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 28 de junio de 2019, por medio de la cual el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria ahora reclamada (páginas 24 – 25 del archivo 01 del expediente electrónico).

2.2.4. Certificado de pago de cesantías proferido por Fiduprevisora S.A. - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que registra en el aparte de cesantías: definitiva, reconocidas mediante acto administrativo 7074 de fecha 2018-08-02, destacando fecha de puesta a disposición inicial del pago 2018-10-29, así como su posterior reintegro, como se observa (archivo 15):

[1] Página 23 del archivo 01 del expediente electrónico.

fomag

Número de generación: CPC2022072110013850131
Fecha generación: 2022-07-21 22:01:38

CERTIFICADO DE PAGO DE CESANTÍA

FIDUPREVISORA S.A.
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

CERTIFICA:

El (la) señor(a) **CAMILO ANDRES BEJARANO PEREZ** identificado(a) con tipo de documento CEDULA DE CIUDADANIA número. **1032427219**, presenta los siguientes datos referentes al pago de las cesantías por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO:

Información del docente:

Nombres:	CAMILO ANDRES	**Apellidos:**	BEJARANO PEREZ
Tipo Documento:	Cédula de ciudadanía	**Número Documento:**	1032427219
Estado Actual:	ACTIVO	**Tipo de Cesantía:**	DEFINITIVA
Ente Nominador:	BOGOTA D.C.	**Número de Acto Administrativo:**	7074
Fecha de Acto Administrativo: (Año-Mes-Día)	2018-08-02	**Valor de la Cesantía Reconocida:**	$1,345,270.00
Fecha de pago: (Año-Mes-Día)	2018-10-29	**Entidad Bancaria, Sucursal:**	BANCO GANADERO
Sucursal:	BANCAFE DE LA SIERRA - C/MARCA	**Reintegro del pago:**	SI
Fecha de Reintegro del pago al Fondo: (Año-Mes-Día)	2018-12-10	**Valor del Reintegro:**	$1,345,270.00

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

2.3. El acto acusado y el silencio administrativo

El silencio administrativo es efecto de la demora de la administración para resolver las solicitudes, reclamaciones y recursos que ante ella se han formulado; la ley ha establecido unos precisos términos para que esa ficción legal opere y la jurisprudencia distingue dos clases de silencio administrativo, a saber: i) el negativo, en el que transcurrido el plazo legal, la petición se entiende desestimada y ii) el positivo, en el que ante la omisión, la reclamación se considera que ha sido resuelta favorablemente.

La Ley 1437 de 2011 ha fijado términos distintos, ya sea que se trate de simples reclamaciones en ejercicio del derecho de petición en interés individual, o de la interposición de recursos para agotar la vía administrativa. En efecto, el artículo 83 del CPACA, señala:

> <<Silencio negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa>> (Subrayado del Despacho)

En el presente proceso se encuentra probado que el demandante solicitó al Fomag el reconocimiento y pago de la sanción moratoria el **28 de junio 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 causada por el retardo en el pago de las cesantías definitivas.

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

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

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

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

Para el caso de retiro parcial de cesantías, el constituyente derivado expidió la Ley 1071 de 2006[2] cuyo objeto quedó plasmado en el artículo 1[3], 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**[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 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.*

---

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.
4 M. P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

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 2018[5], 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.*

---

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.

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 respecto de las normas previstas en el CPACA se podía evidenciar en el siguiente cuadro:

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica, pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación

ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal 28	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

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

Destacándose, que para la fecha de pago se deberá tener en cuenta la fecha de puesta a disposición de 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 secretaria 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 secretarias 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 Secretarias 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 7074 de 02 de agosto de 2018), expedido en vigencia del CPACA, fue proferido por fuera de los 15 días establecidos por la ley para el efecto, pues la solicitud de dicha prestación fue radicada el 12 de febrero de 2018[6]; 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 **12 de febrero de 2018**, por eso la resolución de reconocimiento de la cesantía definitiva debió proferirse, a más tardar **el 5 de marzo de 2018**, y su ejecutoria **el 20 de marzo del mismo año.** Por lo tanto, el término para efectuar el pago de la cesantía definitiva **feneció el 28 de mayo de 2018** e incurrió en mora a partir del día **29 del mismo mes y año.**

De otra parte, con respecto al pago de las cesantías, la parte demandante aportó comprobante de pago del BBVA en el que se señalaba como observaciones que el pago había sido reintegrado[7], y la parte demandada presentó con la contestación Certificado de pago de cesantías proferido por Fiduprevisora S.A. - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que registra en el aparte de cesantías: definitiva, reconocidas mediante acto administrativo 7074 de fecha 2018-08-02, que la fecha de puesta a disposición inicial de dicho pago fue el **29 de octubre de 2018**

[6] Según información suministrada en la Resolución 7074 de 02 de agosto de 2018.
[7] Página 23 del archivo 01 del expediente electrónico.

así como su posterior reintegro (archivo 15), documento contra el cual la parte demandante no presentó oposición, con lo que se puede verificar que si bien el pago se realizó el 23 de abril de 2019, la puesta a disposición de los dineros fue el **29 de octubre de 2018**, pago devuelto por la falta de cobro del actor.

En consecuencia, la sanción moratoria de la Ley 1071 de 2006 se causó entre el **29 de mayo de 2018 y el 28 de octubre de 2018**, es decir, la mora fue de **153 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, en atención a lo argüido por la accionada con respecto a la Ley 1955 de 2019 "*Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022*", que en el parágrafo del artículo 57 estableció responsabilidad en el pago de las sanciones moratorias a las Secretarias 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 1968[8], 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[9].

[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"

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 **29 de mayo de 2021,** pero el **28 de junio de 2019**, con la presentación de la reclamación escrita, fueron interrumpidos por un término igual; término que se suspendió el **18 de agosto de 2020**, con la radicación de la demanda, de manera que no operó la prescripción en el *sub examine*.

2.7. 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 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 Gómez[10], 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, 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 a el 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

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

matemática de multiplicar los **153 días de la mora** con fundamento en la asignación básica devengada por la actora al momento en que se causó la mora.

4. Condena en costas

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 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 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

---

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.

PRIMERO: DECLARAR configurado el acto ficto negativo originado por el silencio de la administración frente a la petición radicada el 28 de junio de 2019, conforme a las consideraciones expuestas.

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

TERCERO: ORDENAR a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar a el señor Camilo Andrés Bejarano Pérez, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.032.427.219, 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 **29 de mayo de 2018 y el 28 de octubre de 2018**, esto es **153 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: 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.

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

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: notificacionescundinamarcalqab@gmail.com; otjudicial@fiduprevisora.com.co; notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co; procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co; t_gpgarcia@fiduprevisora.com.co; t_krueda@fiduprevisora.com.co;

SÉPTIMO: En los términos y para los efectos del memorial poder allegado con el escrito de alegaciones finales, **RECONOCER** personería a la abogada Catalina Celemín Cardoso, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.110.453.991 de Ibagué (T) y portadora de la T.P. 201.409 del C. S. de la J., como apoderada principal de la entidad demandada[14].

[14] Archivo 23 del expediente digital.

OCTAVO: En los términos y para los efectos del memorial poder allegado con el escrito de alegaciones finales, **RECONOCER** personería a la abogada Karen Eliana Rueda Agredo, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.018.443.763 de Bogotá y portadora de la T.P. 260.125 del C.S. de la J., como apoderada sustituta de la entidad demandada[15].

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

MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO
Juez

NBM

[15] Archivo 22 del expediente digital.

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: **f03706c038f2d9d8088daf34de6b8d59b17ed9b4206a58b19a06c198b8f55bc9**

Documento generado en 06/06/2023 03:54:22 PM

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