



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

Bogotá D.C., nueve (09) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Radicado: 11001-33-35-009-2020-00255-00
Naturaleza: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: FRANCISCO MARIO FRANCO MARTIN
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 que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, profiere sentencia en los términos del artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, en el proceso iniciado por el por el señor **Francisco Mario Franco Martin** contra la **Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG**.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda y su contestación

1.1.1. Pretensiones

Según el libelo inicial, **Francisco Mario Franco Martin** 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 13 de agosto 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 ordene a la entidad demandada: **i)** reconocer y pagar la sanción moratoria prevista en la Ley 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 a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia; **iv)** condenar en costas a la entidad demandada.

1.1.2. Fundamentos fácticos

El demandante a través de su apoderado indicó que, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, el 17 de agosto de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho, prestación que le fue reconocida mediante Resolución 11809 del 23 de noviembre de 2018, y pagada por medio de entidad bancaria el 18 de febrero de 2019; es decir, por fuera del plazo de setenta (70) días previstos por la ley para el efecto, por lo que, el 13 de agosto de 2019, 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 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.

Entorno al concepto de violación 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.

En virtud de lo anterior señaló que la legislación existente, al establecer un término perentorio para la liquidación de la cesantía buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna, 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 a través de su apoderada, mediante memorial de contestación inició explicando 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.

Acto seguido se opuso a la prosperidad de las declaraciones y condenas; y en cuanto a los hechos dijo que el primero, segundo, sexto, séptimo y octavo no eran un hecho; en cambio refirió que el tercero, cuarto y quinto eran ciertos; pero el noveno era parcialmente cierto.

De otro lado propuso como excepciones: **i)** no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios; **ii)** el término señalado como sanción moratoria a cargo del Fomag y la Fiduprevisora es menor al que señala la parte demandada; **iii)** ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la Entidad Fiduciaria; **iv)** prescripción; **v)** improcedencia de la indexación; **vi)** improcedencia de la condena en costas; **vii)** condena con cargo a títulos de tesorería del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; y **viii)** genérica.



Finalmente solicitó se vincule a la Secretaría de Educación de Bogotá y que se condene en costas a la parte actora; asimismo solicitó se decreten pruebas a cargo de la Secretaría de Educación de Bogotá.

1.3. Trámite procesal

La demanda fue radicada el 21 de septiembre de 2020 y repartida a esta sede judicial el mismo día; posteriormente mediante proveído del 23 de agosto de 2021 se inadmitió la demanda a efectos de que la parte actora cumpla con las disposiciones del inciso 8° del artículo 35 de la Ley 2080 de 2021.

Una vez acreditado lo anterior, este Despacho judicial mediante auto del 03 de mayo de 2022, 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 a las partes procesales el 21 de junio de 2022.

Luego, mediante auto del 12 de mayo de 2023 se tuvo por contestada la demanda; se declararon no probadas las excepciones mixtas propuestas por la Entidad demandada; no se emitió pronunciamiento sobre las excepciones de fondo, puesto que las mismas serían 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

El apoderado del demandante mediante correo electrónico de fecha 23 de mayo de 2023, presentó memorial de alegaciones mediante el cual ratificó los hechos, pretensiones y condenas de la demanda.



De otro lado dijo que acorde con los documentos aportados al proceso con la demanda, 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 PARCIALES, esto es, 17 de agosto de 2018.*
- c) El acto mediante el cual se reconoció a la actora una cesantía PARCIAL esta materializado en la Resolución No. 11809 de 23 de noviembre de 2018, expedida por la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá, actuando en nombre y representación de La Nación-Fondo Nacional del Prestaciones Sociales del Magisterio.*
- d) La fecha en que le canceló la prestación reconocida esto es, 18 de febrero de 2019, según el certificado expedido por la Fiduciaria La Previsora S.A.*
- e) La mora en el pago efectivo de la prestación reconocida equivalente a 78 días”*

Con fundamento en lo anterior manifestó que resultaba posible, dar aplicación a la Ley 1071 de 2006; por lo cual, a su juicio debe quedar claro que los plazos dispuestos por el legislador para la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, en este caso parciales, y para la cancelación de la misma, están fijados en los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, los que en adecuada técnica jurídica e interpretación sistemática deben enlazarse, concordarse y complementarse.

Aunado a lo anterior expuso que la entidad territorial respectiva, sólo produce una actividad administrativa 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; por lo tanto, su labor tiene un carácter meramente operativo, pudiéndose expresar que se desarrolla en virtud del principio de coordinación a que se refiere el artículo 6° de la Ley 489 de 1998, pues, las obligaciones prestacionales de los docentes, siempre, y mientras estén vigentes las normas reguladoras actuales de las mismas, estarán a cargo de la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, correspondiendo a esta entidad el pago de la mismas, sólo que el trámite administrativo es efectuado por la entidad territorial certificada, a través de la Secretaría de Educación o la autoridad que se delegue para el efecto.

También anotó que en el expediente obran pruebas suficientes para demostrar la fecha de pago y así se puede corroborar con el recibo de Fiduprevisora allegado, adicional a ello es importante resaltar que frente a la aplicación de la ley 1071 de



2006 o régimen aplicable, es necesario mencionar que la Sección Segunda Subsección A del Consejo de Estado con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Aranguren en sentencia del 21 de octubre de 2011, dejó 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 Honorable Consejo de Estado del 18 de julio de 2018 dentro del expediente No. 73001-23-33-000-2014-00580-00.

1.4.2. Alegatos de conclusión de la entidad demandada

La Entidad demandada adujo que en lo que atañe a las pretensiones objeto de disputa en el presente asunto, no es desconocida la existencia del precedente jurisprudencial establecido por el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 de fecha dieciocho (18) de julio de 2018, en la cual se establece la procedencia de la sanción moratoria con respecto al reconocimiento tardío de las cesantías solicitadas por el personal docente del sector oficial.

Señaló que el término mediante el cual la Secretaría de Educación debía dar contestación a la solicitud de cesantías era hasta el siete (07) de septiembre de 2018, teniendo en cuenta que la radicación de la solicitud de las mismas se realizó el día 17 de agosto de 2018.

Además, dijo que el acto administrativo No. 11809 mediante el cual se accedió al reconocimiento de las cesantías, fue expedido hasta el 23 de noviembre de 2018, y que quedó en firme el 07 de diciembre del mismo año; por lo que 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 que había hasta el doce (12) de febrero de 2019, pero que las mismas fueron pagadas el día 18 de febrero de 2019.

Como sustento de su dicho citó el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, la sentencia de unificación 00580 de 18 de julio de 2018 proferida por el Consejo de Estado.

De otro lado se refirió a la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria, y la imposibilidad de indemnizar conjuntamente intereses moratorios y sanción moratoria.



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 12 de mayo de 2023, el problema jurídico se contrae a determinar si hay lugar a declarar la nulidad del acto ficto o presunto producto del silencio de la administración frente a la petición radicada el 13 de agosto de 2019, mediante el cual negó el pago de la sanción por mora establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Así mismo se debe establecer si el demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague la sanción moratoria, establecida en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, ocasionada por el posible retardo en que pudo incurrir en el reconocimiento y pago del valor de sus cesantías, de igual manera se debe precisar si tiene derecho al reconocimiento y pago de los ajustes de valor con base en el IPC, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la sentencia; así mismo se debe decidir si se configura la excepción de prescripción extintiva del derecho y por último si hay lugar a que se condene 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 No. 11809 del 23 de noviembre de 2018, por medio de la cual la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de la cesantía parcial en favor del docente Francisco Mario Franco Martin, en donde se lee que la solicitud de reconocimiento de la prestación fue radicada el 17 de agosto de 2018 ([fl. 23 – 25 del archivo 06 del expediente digital](#)).



2.2.2. Petición dirigida a la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, radicada ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 13 de agosto de 2019, por medio de la cual el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria ahora reclamada ([fl. 20 – 21 del archivo 06 del expediente digital](#)).

2.2.3. Recibo del Banco BBVA ([fl. 26 del archivo 06 del expediente digital](#)).

2.2.4. Certificado de pago de cesantías expedido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio ([archivo 19 del expediente digital](#))

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 **21 de agosto 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 2006¹ cuyo objeto quedó plasmado en el artículo 1², 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

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

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

términos taxativamente previstos, so pena que empleador o aquella que tenga a cargo la administración de las cesantías, incurran en sanciones de tipo pecuniario.

Bajo estos supuestos la Corte Constitucional en la sentencia **SU-336 de 2017**³ concluyó que, en atención a la naturaleza de la labor desempeñada por los docentes, éstos deben ser tratados como empleados públicos beneficiarios de la Ley 1071 de 2006, la cual cobija a todos los funcionarios y servidores de las ramas del poder público. En este sentido, la Corte precisó que los docentes tienen derecho al pago de la referida sanción moratoria, por las siguientes razones:

- i. *“El pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, y desarrolla la finalidad constitucional por la cual fue establecida esa prestación social bajo el principio de integralidad. De igual forma, se acompasa con lo establecido en los diferentes tratados internacionales sobre la materia ratificados por Colombia.*
- ii. *En la exposición de motivos de la iniciativa legislativa de la Ley 1071 de 2006 se señaló que su ámbito de aplicación cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, así como a las entidades que prestan servicios públicos y de educación, es decir, involucra a todo el aparato del Estado no solo a nivel nacional sino territorial.*
- iii. *Al igual que los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se les reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, por lo que proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a la igualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las cesantías.*
- iv. *Existen importantes semejanzas entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, a saber: pertenecen a la rama ejecutiva, cumplen dentro de ella una tarea típicamente misional respecto de la función que compete a las secretarías de educación de las entidades territoriales y, en su momento, al Ministerio de Educación Nacional, se encuentran sujetos a un régimen de carrera y su vinculación se produce por efecto de un nombramiento.*
- v. *En tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies de servidores públicos, han de ser considerados como empleados públicos.*
- vi. *El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio”.*

A su turno, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018⁴ zanjó el tema acerca de si se le debe aplicar la Ley 1071 de

3 M. P. Iván Humberto Escrucería Mayolo

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

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 ley 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

de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandados: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima



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”. »
(Negritas y subrayas fuera del texto original)

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

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 cómputo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación



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

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

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

2.5. Del caso en concreto

Conforme a las consideraciones efectuadas, el acto administrativo mediante el cual la entidad reconoció la cesantía parcial al demandante (Resolución 11809 del 23 de noviembre 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 17 de agosto de 2018⁵; 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 17 de agosto de 2018**, razón por la cual la resolución de reconocimiento de la cesantía parcial debió

⁵ Según información suministrada en la Resolución 11809 del 23 de noviembre de 2018.



proferirse, a más tardar el **10 de septiembre de 2018**, quedando ejecutoriada el **24 de septiembre del mismo año**. Por lo tanto, el término para efectuar el pago de la cesantía parcial **feneció el 29 de noviembre de 2018** e incurrió en mora a partir del día **30 de noviembre del mismo año**.

De otra parte, con respecto al pago de las cesantías, el demandante en el libelo inicial refiere que el dinero por tal concepto fue puesto a su disposición el **18 de febrero de 2019**, lo cual se puede corroborar con el Certificado de pago de cesantías expedido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que obra en el archivo 19 del expediente digital.

En consecuencia, la sanción moratoria de la Ley 1071 de 2006 se causó entre el **30 de noviembre de 2018 y el 17 de febrero de 2019**, es decir, la mora fue de **80 días**.

En relación con el salario **que debe tenerse en cuenta para liquidar la mora**, la misma sentencia de unificación citada precisó que, cuando se trata de cesantía parcial, es el de la fecha en que se causó la mora. En tal virtud así se ordenará a la entidad que efectúe el pago.

2.6. De la prescripción

Al respecto, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968⁶, 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 Laboral⁷.

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.

⁶ “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.”

⁷ “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”



Conforme a lo anterior, los 3 años iniciales vencían el **30 de noviembre de 2021**, pero el **13 de agosto de 2019**, con la presentación de la reclamación escrita, fueron interrumpidos por un término igual; término que se suspendió el **21 de septiembre 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 C.P.A.C.A, interpretación ampliada por la Sección Segunda, Subsección A, de la misma corporación, que en sentencia del 26 de agosto de 2019, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez⁸, 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.

3.0. Conclusión

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

Como restablecimiento del derecho, se ordenará a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pagar al demandante, la sanción ocurrida por la mora en el pago de su cesantía parcial, en la cantidad que corresponda después de realizar la operación matemática de multiplicar los **80 días de la mora** con fundamento en la asignación básica devengada por el actor al momento en que se causó la mora.

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



4.0. Condena en costas

Finalmente, y comoquiera que, de conformidad con el artículo 188 del CPACA⁹, en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, pasa el Despacho a pronunciarse.

Para ello se advierte que, si bien, en el presente asunto la parte vencida es el extremo pasivo y aun cuando la parte activa solicitó en sus pretensiones que se le condene en costas, lo cierto es que, de conformidad con el inciso 2° del artículo 367 del CGP⁹ y el numeral 8° del artículo 365¹⁰ 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 2022¹¹, 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,

9 <<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>>.

10 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>>.**

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



FALLA

PRIMERO: DECLARAR configurado el acto ficto negativo originado por el silencio de la administración frente a la petición radicada el 13 de agosto 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 al señor Francisco Mario Franco Martin, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.579.262, 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 30 de noviembre de 2018 al 17 de febrero de 2019, esto es, por **80 días**, liquidada con la asignación básica devengada al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación del tiempo, 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 C.P.A.C.A., 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: danielarodriguez@giraldoabogados.com;
notificacionesbogota@giraldoabogados.com.co;
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co;
notjudicial@fiduprevisora.com.co;
procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co;
t_krueda@fiduprevisora.com.co;



SEPTIMO: 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 demandada¹².

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.

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

SCC

¹² [Archivo 30 del expediente digital](#)

Firmado Por:
María 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: **3d3171146c217105078fb1bd746f1eed6b55539a5053fc1f3978c1daeccbeeec**

Documento generado en 15/06/2023 03:08:32 PM

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