REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

JUZGADO NOVENO (9°) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD

CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicado:	11001-33-35-009-**2021-00252**-00
Naturaleza:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	JIM ALEXANDER ÁVILA ÁVILA
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -

---

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 señor **Jim Alexander Ávila** 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

Jim Alexander Ávila 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 26 de septiembre de 2018, 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)** Se declare la existencia del acto ficto o presunto configurado el 26 de diciembre de 2018, frente a la petición radicada el 26 de septiembre de 2018. **ii)** 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; **iii)** Se dé cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del CPACA; **iv)** reconocer y pagar los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia; **v)** 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 31 de julio de 2015 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho, prestación que le fue reconocida mediante Resolución 5646 del 07 de octubre de 2015, y pagada por medio de entidad bancaria el 01 de diciembre de 2015; es decir, por fuera del plazo de setenta (70) días previstos por la ley para el efecto, por lo que, el 26 de septiembre 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 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. Escrito de contestación.

La entidad demandada actuando a través de su apoderada, se opuso a la prosperidad de la primera, segunda y tercera pretensión declarativa, como quiera que no se logró demostrar de manera directa la legalidad de las fechas anotadas en el documento presentado por parte de la demandante, con el soporte de la oficina de radicación del ente territorial que expidió el acto administrativo.

Así mismo, se opuso a la declaratoria de que el demandante tiene derecho al pago de la sanción mora solicitada y a que la culpa recaiga sobre el Ministerio de Educación-FOMAG, pues en su criterio es el ente territorial, quien tiene la responsabilidad de manera directa en el retraso del tiempo para el pago oportuno de cuerdo a lo preceptuado en la norma.

Frente a los hechos dijo que el primero, segundo, sexto y séptimo no constituyen un hecho sino un parafraseo de la norma; que el tercero y cuarto de acuerdo con los anexos aportados al proceso se puede vislumbrar lo expresado por el demandante. En torno al quinto, octavo, noveno y décimo se atiene a lo probado en el expediente.

Como argumentos de la defensa citó las disposiciones del artículo 67 constitucional en lo referente al derecho a la educación que tienen las personas, así como la calidad de servicio público como función social.

Hizo referencia al artículo 3 de la Ley 91 de 1989 y al artículo 2 de la Ley 244 de 1995 y 4° y 5° de la Ley 1071 de 2006; asimismo se refirió a lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017, luego señaló que no reposa dentro del expediente prueba idónea que logre demostrar que la entidad incurrió en mora del pago de las cesantías parciales, pues estaba supeditado que la el acto administrativo quedara en firme y luego proceder a realizar el pago, por lo tanto, en su sentir no hay lugar a reconocer dicho pago.

Para concluir expresó que las radicaciones de las solicitudes de reconocimientos de prestaciones se deben presentar ante la Secretaría de Educación de la respectiva entidad territorial, de acuerdo con la Sociedad Fiduciaria encargada de administrar los recursos del FOMAG, teniendo en cuenta que es a la Secretaría de Educación a quien le corresponde la expedición del acto administrativo y una vez obtenido este, es al Fondo al que le corresponde el pago de las prestaciones a través de la Fiduprevisora.

Adujo que el Decreto 3821 de 2005 consagró el procedimiento exclusivo para el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fomag, sin realizar discriminación alguna respecto del tipo de prestación que se tramite por dicho procedimiento, quedando entonces las cesantías sujetas a aquel y excluidas las primas contenidas en el parágrafo 2 del numeral 4 del artículo 15 de dicha ley, por disposición expresa.

Trajo a colación el artículo 48 constitucional, en lo referente al equilibrio financiero el cual obligó a todos los órganos y ramas de poder público, a orientar sus actividades dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y financiera.

De otro lado, se refirió a la indexación de la condena y manifestó que el Consejo de Estado en sentencia de unificación radicada bajo el No. 2014-00580-01 señaló expresamente la incompatibilidad entre la indexación y la sanción por mora.

Como excepciones de mérito propuso las siguientes:

1.- Legalidad de los actos acusados atacados de nulidad: La cual funda en que los actos administrativos emitidos por la entidad, se encuentran ajustados a derecho ya que fue proferido en estricto seguimiento de las normas vigentes y aplicables al caso concreto sin que se encuentre viciado de nulidad.

2.- **Improcedencia de la indexación:** señala que lo relativo a la indemnización por mora no es objeto de indexación, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, quien en Sala Plena de la Sección Segunda, acogió la posición de la Corte Constitucional mediante una sentencia de unificación, y precisó algunas reglas sobre el salario base para calcular la sanción por mora y determinó que la indexación no procedía respecto de la sanción por mora habida cuenta que se trata de una "sanción o penalidad" que busca el pago oportuno de las cesantías, pero no compensa al trabajador ni lo indemniza, pues no es un derecho laboral.

3.- Caducidad: Funda la excepción en que de acuerdo con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, no existe término de caducidad en los actos fictos o presuntos, para el presente caso en su criterio tal afirmación es incierta. Pues, no se demostró con prueba documental la constancia de que la petición de la solicitud del pago de la mora no fue contestada por la entidad.

4.- Prescripción: Explica el medio exceptivo señalando que, la sanción moratoria es prescriptible y se le debe aplicar lo previsto en el artículo 151 del C.P. y contabilizarla desde el día en que se solicitó las cesantías, luego del cumplimiento del día hábil siguiente indicado por la norma, o sea el día 71 y no desde el día en que se paga las cesantías.

5.- Compensación: Solicita que, cualquier suma de dinero que resulte probada en el proceso en favor del demandante, y que haya sido pagada por la entidad demandada o esté en proceso administrativo de pago, debe ser compensada.

6.- Excepción genérica: la parte demandada solicita que, en caso de encontrarse probada cualquier otra excepción dentro del trámite del medio de control, se reconozca y declare en forma oficiosa.

Sobre los medios exceptivos planteados por la parte demandada, el despacho emitirá pronunciamiento al respecto, una vez se haya determinado, si el demandante tiene o no el derecho al pago de la sanción mora, producto del pago tardío de las cesantías.

1.3. Trámite procesal

La demanda fue radicada el 23 de agosto de 2021, mediante proveído del 04 de abril de 2022 se inadmitió la misma y una vez subsanadas las falencias puestas de presente el 23 de agosto de 2022 fue admitido el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG.

Acto seguido, el 22 de septiembre de 2022 se notificó a las entidades demandadas y el 26 de octubre la entidad demandad contestó la demanda. Mediante auto del 22 de agosto de 2023 se tuvo por contestada la demanda, no se emitió pronunciamiento sobre las excepciones de fondo propuestas, se declararon no probadas las excepciones mixtas y la de caducidad, 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 rindieron escritos 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 de la demandante mediante correo electrónico de fecha 31 de agosto 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, 31 de julio de 2015.
c) El acto mediante el cual se reconoció a la actora una cesantía PARCIALES esta materializado en la Resolución No. 5646 del 07 de octubre de 2015, 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, 01 de diciembre de 2015, según el certificado expedido por la Fiduciaria La Previsora S.A.
e) La mora en el pago efectivo de la prestación reconocida equivalente a 18 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 las mismas, 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, estarán a cargo de la Nación -Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, correspondiendo a esta entidad el pago de las cesantías, 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 se le puede aplicar a los docentes afiliados al Fonpremag, en razón al 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, la cual constituye en su criterio una doctrina vinculante en cuanto al 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 de la ley 244 de 1995, como también en la sentencia SU 336 de 2017 de la Corte Constitucional.

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.

De otro lado, en relación con el presente asunto indicó que el término mediante el cual la Secretaría de Educación tenía para dar contestación a la solicitud de cesantías era hasta el veinticuatro (24) de agosto de 2015, teniendo en cuenta que la radicación de la solicitud de estas se realizó el día 31 de julio de 2015. No obstante, el acto administrativo No 5646 del que accedió al reconocimiento de las cesantías, fue expedido el 07 de octubre de 2015; el 22 de octubre de 2015, el acto administrativo quedó en firme, por lo tanto, adujo que, a partir de este momento se cuenta el término para el ente pagador de cuarenta y cinco (45) días para realizar el pago, es decir hasta el veintinueve (29) de diciembre de 2015 y las mismas fueron pagadas el día 01 de diciembre de 2015.

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.

1.4.3. Concepto del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

De conformidad con la fijación del litigio planteada en auto del 22 de agosto de 2023, el problema jurídico se contrae a determinar:

i) Si hay lugar a declarar la existencia y nulidad del acto ficto o presunto frente a la petición del 26 de septiembre de 2018.

ii) Si la 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.

iii) De igual manera, se debe establecer si tiene derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia.

iv) Por último, se debe determinar si hay lugar a 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 No. 5646 del 07 de octubre de 2015, por medio de la cual la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de la cesantía parcial en favor del docente Jim Alexander Ávila, en donde se lee que la solicitud de reconocimiento de la prestación fue radicada el 31 de julio de 2015 con su correspondiente acto de notificación personal (Archivo 02 del expediente digital folio 25-27)

2.2.2. Petición dirigida a la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, radicada ante la Dirección de Talento Humano- Prestaciones y la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá el **26 de septiembre de 2018,** por medio de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria ahora reclamada (Fl. 21-23 del archivo 02 del expediente digital).

2.2.3. Extracto de intereses a las cesantías expedido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Fiduprevisora S. A. (Fl. 28 del archivo 02 del expediente digital)

2.2.4. Certificación de pago de las cesantías expedida por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Fiduprevisora S. A., en la cual consta que, el monto reconocido por concepto de cesantías parciales fue puesto a disposición de la demandante a partir del 01 de diciembre de 2015 (archivo 18 folios 1-2 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 ***26 de septiembre 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 por el retardo en el pago de las cesantías.

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

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

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

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

Para el caso de retiro parcial de cesantías, el constituyente derivado expidió la Ley 1071 de 20061 cuyo objeto quedó plasmado en el artículo 1º[2], la normativa reseñada,

---

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

[2] "reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación", aplicable a "los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas 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

encuentra su esencia en el procedimiento que debe seguirse, para la consecución del pago de las cesantías parciales, así como su oportuna cancelación, dentro de los términos taxativamente previstos, so pena que empleador o aquella que tenga a cargo la administración de las cesantías, incurran en sanciones de tipo pecuniario.

Bajo estos supuestos la Corte Constitucional en la sentencia **SU-336 de 20173** concluyó que en atención a la naturaleza de la labor desempeñada por los docentes, éstos deben ser tratados como empleados públicos beneficiarios de la Ley 1071 de 2006, la cual cobija a todos los funcionarios y servidores de las ramas del poder público. En este sentido, la Corte precisó que los docentes tienen derecho al pago de la referida sanción moratoria, por las siguientes razones:

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

[3] M. P. Iván Humberto Escrucería Mayolo

A su turno, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018[4], zanjó el tema acerca de si se le debe aplicar la Ley 1071 de 2006 (que modificó la Ley 244 de 1995) a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, regidos por la Ley 91 de 1989, debido a que dicha Corporación tenía posturas diferentes sobre el derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria por el retardo en la cancelación de las cesantías parciales o definitivas.

Por ello, con el propósito de unificar jurisprudencia, la Colegiatura expresó que los docentes por razón de la naturaleza del servicio que prestan; la regulación del servicio docente; su ubicación en la Rama Ejecutiva del Estado; y, la implementación de la carrera docente, que comprende el ingreso, ascenso y retiro del servicio hacen parte de la categoría de empleados públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política y con base en ello estableció la siguiente regla jurisprudencial:

> *«[…] 3.5.1* ***Unificar jurisprudencia en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías***.
>
> 1. ***Sentar jurisprudencia*** *precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.*
>
> 2. *Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley5 para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.*

---

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

3. *De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.*

4. ***Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.*

5. ***Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA".» (Negrillas y subrayas fuera del texto original)*

Sobre la causación de esa erogación indemnizatoria, la Sala Plena del Consejo de Estado, sentó las bases para tal fin en los siguientes términos[7]: *"95. En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán **15** días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/200, **10** del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51, y **45** días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los **70 días hábiles** discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 "(Negrita fuera de texto).*

Respecto de la forma de contabilización de la mora por el pago tardío de las cesantías, la alta Corporación, explicó distintas situaciones que se presentan en el reconocimiento de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de la señalada prestación social. En tal sentido, dijo que lo explicado 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	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.

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

2.5. Del caso en concreto

Conforme a las consideraciones efectuadas, el acto administrativo mediante el cual la entidad reconoció la cesantía parcial a la demandante (Resolución 5646 del 07 de octubre de 2015), expedido en vigencia del CPACA, fue proferido por fuera de los 15 días establecidos por la ley para el efecto, pues la solicitud de dicha prestación fue radicada el 31 de julio de 2015[5]; entonces, se trata de **la primera hipótesis planteada por el Consejo de Estado** y, en consecuencia, la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de presentada la petición.

[5] Según información suministrada en la Resolución No. 5646 del 07 de octubre de 2015.

Ahora bien, se reitera que **la petición fue elevada el 31 de julio de 2015**[6], razón por la cual la resolución de reconocimiento de la cesantía parcial debió proferirse, a más tardar el **25 de agosto de 2015**, quedando ejecutoriada el **07 de septiembre de 2015**. Por lo tanto, el término para efectuar el pago de la cesantía parcial **feneció el 10 de noviembre de 2015** e incurrió en mora a partir del día **11 del mismo mes y año.**

De otra parte, el pago de las cesantías fue puesto a disposición de la docente el **01 de diciembre de 2015**, como consta en la certificación expedida por la Fiduprevisora S.A. y relacionada en el acápite de pruebas de esta sentencia, por lo tanto, la sanción moratoria de la Ley 1071 de 2006 se causó entre el **11 de noviembre de 2015 al 30 de noviembre de 2015**, es decir, la mora fue de **20 días**.

2.6. De la prescripción

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

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

Por su parte el Consejo de Estado, en Sentencia del 15 de febrero de 2018, radicación 27001-23-33-000-2013-00188-01, numero interno 0810-2014, consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez, acudiendo a la sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, M.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Expediente 2011-00628, dispuso, en relación con la prescripción, que es a partir de que se causa la obligación

---

[6] Tal como se desprende del cuerpo de la Resolución 5646 de 2015 mediante el cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial para estudio

[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"

(sanción moratoria), cuando ésta se hace exigible y su reclamación debe producirse dentro de los tres años siguientes.

En este sentido explicó:

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

Ahora bien, según lo visto previamente, el derecho del demandante al reconocimiento y pago de la sanción moratoria **se hizo exigible a partir del 11**

---

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

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

de noviembre de 2015, por lo que tenía hasta el **11 de noviembre de 2018** para reclamar el derecho, y la demandante solicitó el reconocimiento del derecho el **26 de septiembre de 2018**, cuando aún no había operado el fenómeno extintivo de la prescripción, razón por la cual le asiste el derecho al pago de la sanción reclamada.

2.7. Indexación

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

3. Condena en costas y agencias en derecho

Finalmente, y comoquiera que, de conformidad con el artículo 188 del CPACA[9], en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, pasa el Despacho a pronunciarse.

Para ello se advierte que, si bien, en el presente asunto la parte vencida es el extremo activo y aun cuando la parte pasiva solicitó en su escrito de contestación que se le condene en costas a la demandante, lo cierto es que, de conformidad con el inciso 2° del artículo 367 del CGP[11] y el numeral 8° del artículo 365[12] del mismo estatuto, estas deber ser tasadas y liquidadas de acuerdo con criterios **verificables** y solo habrá lugar a ellas **cuando aparezcan causadas y en la medida de su comprobación,** y en el presente asunto, la parte interesada no demostró su causación, por lo que, no se accederá a ellas.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado, por ejemplo, en la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2022[13], en la cual no condenó en costas, por las siguientes razones:

---

[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.

> <<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 **26 de septiembre 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 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 JIM Alexander Ávila Ávila, identificada con cédula de ciudadanía No. 73.516.152, 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 **11 de noviembre de 2015 al 30 de noviembre de 2015**, esto es, por **20 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: DECLARAR no **probada las excepciones de fondo** propuestas por la parte demandada**,** por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de fondo de Improcedencia

de la Indexación de las condenas, propuesta por la parte demandada**,** por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

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

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

OCTAVO: 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:
notificacionesbogota@giraldoabogados.com;
notjudicial@fiduprevisora.com.co;
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
t_jaristizabal@fiduprevisora.com.co

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

DECIMO: Esta providencia **DEBE** incorporarse al expediente digitalizado, organizado en OneDrive, ordenando alimentar simultáneamente el sistema de información Justicia XXI y el de la Rama Judicial Web.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO
Juez

mcpt