



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

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

Radicado: 11001-33-35-009-2022-00175-00
Naturaleza: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: EDGAR OSVALDO VEGA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG) Y DISTRITO CAPITAL - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ

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 **Edgar Osvaldo Vega** contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá.**

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda y su contestación

1.1.1. Pretensiones

Según el libelo inicial, **Edgar Osvaldo Vega** 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



Rad. No. 110013335009**20220017500**

Demandante: Edgar Osvaldo Vega

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá.

la petición radicada el 09 de febrero de 2021, 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 por el pago tardío de las cesantías;
- ii)** reconocer y pagar los reajustes de Ley, así como el ajuste al valor o indexación laboral por la depreciación de la moneda;
- iii)** reconocer y pagar los intereses comerciales y moratorios sobre las sumas que resulten adeudadas;
- iv)** pago de agencias en derecho y costas procesales.

1.1.2. Fundamentos fácticos

El demandante a través de su apoderada indicó que, mediante Resolución 1238 del 15 de febrero de 2019 la entidad demandada le reconoció las cesantías a las que tenía derecho, la cual fue pagada el 20 de marzo de 2019, es decir por fuera del plazo establecido en el artículo 5° de la Ley 1070 de 2006.

En virtud de lo anterior señaló que el 09 de febrero de 2021 solicitó ante la entidad territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías, sin obtener respuesta de fondo.

1.1.3. Normas Violadas y Concepto de violación

- ✓ Artículos 23, 25, 48 y 53 de la Constitución Política;
- ✓ Artículo 5° de la Ley 1070 de 2006, la cual adiciona y modifica la Ley 244 de 1995.
- ✓ Ley 91 de 1989
- ✓ Sentencia C-486 del 07 de septiembre de 2016
- ✓ SU-336 de 2017.

Entorno al concepto de violación se refirió a las disposiciones del artículo 5° de la



Rad. No. 11001333500920220017500

Demandante: Edgar Osvaldo Vega

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá.

Ley 1070 de 2006, y al respecto hizo alusión al procedimiento de pago de las cesantías definitivas y parciales de los servidores públicos, a las sanciones y términos para su cancelación.

De igual forma manifestó que *“1. Las cesantías son de dos clases definitivas o parciales. Las primeras se cancelan al servidor público a la finalización de su relación laboral con el Estado, y las segundas en casos específicos como adquisición de vivienda, liberación de gravámenes para un inmueble, entre otros.*

2. La liquidación de la cesantía debe estar contenida en un acto administrativo precedido por la petición del empleado público.

3. La entidad pública que liquida la prestación social y la entidad que la paga, es diferente. La liquidadora, es la entidad nominadora y cuenta con 15 días hábiles contados a partir de la solicitud de liquidación de las cesantías (artículo 4º, Ley 1071 de 2006), que en el presente caso se trata de LA ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL.

4. La pagadora, por su parte, es aquella que tiene la obligación de cancelarlas y para lo cual tiene un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la ejecutoria del acto liquidador, en el sub judice estamos hablando de La Fiduciaria La Previsora S.A. – La Fiduprevisora.

5. Si la entidad no realiza el pago dentro del término estipulado en la norma, debe reconocer y pagar una indemnización por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de la cesantía.”

1.2. Contestación de la demanda.

El Fondo nacional de prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag, a través de su apoderada, mediante memorial de contestación se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y condenas de la demanda; asimismo se refirió frente a cada uno de los hechos expuestos en el libelo inicial.

Como fundamentos de la defensa se refirió a las disposiciones de la Ley 91 de 1989, y al respecto precisó que el contrato de Fiducia Mercantil fue suscrito por el Gobierno Nacional junto con la Fiduciaria La Previsora S.A., la cual actúa como vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio o fidecomiso.

También citó las disposiciones del artículo 2 de la Ley 244 de 1995 en cuanto a las



Rad. No. 110013335009**20220017500**

Demandante: Edgar Osvaldo Vega

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá.

formas de liquidación y plazos para el pago de las cesantías a que tienen derecho los maestros.

De otro lado manifestó que no reposa dentro del expediente prueba idónea que logre demostrar que la entidad incurrió en mora del pago de las cesantías parciales, pues se estaba supeditado a que el acto administrativo quedará en firme y luego proceder a realizar dicho pago. Razón por la cual no hay lugar a reconocer ninguna de las pretensiones de la demanda.

De tal suerte que las radicaciones de solicitudes de reconocimiento de prestaciones deben ser radicadas en la secretaría de educación de la respectiva entidad territorial, de conformidad con la Sociedad Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En este caso, el fondo es el que tiene la función del pago de prestaciones, sin embargo, la expedición del acto corresponde a las secretarías de educación y por otro lado se encarga a una sociedad fiduciaria de la administración de los recursos del fondo, y pagar las prestaciones sociales.

Con lo cual, será la entidad Fiduciaria quien deberá proceder con los pagos prestaciones, luego de contar con el acto administrativo emitido por la respectiva secretaria, previo el trámite legal para su concesión que compromete el reporte de todos los entes comprometidos dentro del salario del docente conforme a derecho y a la mayor brevedad posible según la disponibilidad de los recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En concordancia con lo anterior citó lo dispuesto por el Decreto 2831 de 2005 sobre el procedimiento para el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En tal sentido, dijo que se encuentra que existe una diferencia entre los trámites contenidos en el Decreto 2831 de 2005 y la Ley 1071 de 2006, sin embargo, en este tipo de asuntos se debe dar aplicación prevalente y preferencial al Decreto 2831 de 2005 por tratarse de una norma de carácter especial y de un procedimiento exclusivo.

Ahora bien, Respecto de la indexación de la condena es menester memorar que el



Rad. No. 110013335009**20220017500**
Demandante: Edgar Osvaldo Vega
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá.

Consejo de Estado mediante sentencia de unificación con radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-019 en lo relativo a la indexación de la sanción por mora, señaló expresamente la incompatibilidad entre la indexación y la sanción por mora y para el efecto es preciso traer a colación lo que el máximo órgano de cierre en lo contencioso administrativo ha dado al fenómeno de indexación.

Por otra parte, se refirió a las disposiciones del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, y sobre ello señaló que toda sanción mora causada a diciembre de 2019 deberá ser cancelada con los fondos descritos y no con fondos del FOMAG para lo cual se solicita a su señoría si se prueba que se incurrió en mora de cancelación de cesantías pronunciarse en su fallo que se cargara a dicho rubro presupuestal.

Finalmente propuso como excepciones: **i)** litisconsorcio necesario por pasiva; **ii)** legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad; **iii)** improcedencia de la indexación de las condenas; **iv)** caducidad; **v)** prescripción; **vi)** compensación; **vii)** genérica; y **viii)** falta de legitimación en la causa por pasiva.

1.3. Trámite procesal

La demanda fue radicada el 31 de mayo de 2022 y repartida a esta sede judicial el mismo día; posteriormente mediante proveído del 27 de septiembre de 2022 se admitió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá, el cual se notificó personalmente a las partes procesales el 24 de octubre de 2022.

Luego, mediante auto del 22 de agosto de 2023 se tuvo por contestada la demanda por parte de la Nación – Ministerio de Educación- FOMAG; 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.



Rad. No. 110013335009**20220017500**
Demandante: Edgar Osvaldo Vega
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional –
FOMAG y Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá.

En el término concedido por el Despacho, la entidad demandada remitió su escrito de alegaciones finales; por su parte, el demandante guardó silencio al respecto, y el Agente del Ministerio Público no emitió concepto al respecto.

1.4.1. 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 09 de agosto de 2018, teniendo en cuenta que la radicación de la solicitud de las mismas se realizó el día 18 de julio de 2018, no obstante, el acto administrativo No 1238 que accedió al reconocimiento de las cesantías, fue expedido hasta el 15 de febrero de 2019.

Además, dijo que el acto administrativo quedó en firme el 01 de marzo de 2019; 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 hasta el 08 de mayo de 2019, y que las mismas fueron pagadas el 15 de marzo de 2019.

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.

1.4.2. Concepto del Ministerio Público

El Procurador delegado ante este despacho judicial no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

De conformidad con la fijación del litigio planteada en auto del 22 de agosto de 2023,



Rad. No. 110013335009**20220017500**

Demandante: Edgar Osvaldo Vega

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá.

el problema jurídico se contrae a determinar si hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo ficto configurado por la no respuesta al derecho de petición radicado Nro. 418532021 de fecha 09 de febrero de 2021, por medio del cual la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá, resolvieron desfavorablemente la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías del demandante, las cuales le fueron canceladas mediante Resolución Nro. 1238 del 15 de febrero de 2019.

En caso afirmativo, se debe determinar si hay lugar a que se ordene en favor del demandante: i) el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías; ii) el reconocimiento y pago de los reajustes de Ley, así como el ajuste al valor o indexación laboral por la depreciación de la moneda; iii) el reconocimiento y pago de los intereses comerciales y moratorios sobre las sumas que resulten adeudadas; y iv) se condene en costas y agencias en derecho 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. 1238 del 15 de febrero de 2019, por medio de la cual la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de la cesantía definitiva en favor del docente Edgar Osvaldo Vega, en donde se lee que la solicitud de reconocimiento de la prestación fue radicada el 18 de julio de 2018 ([fl. 18 – 19 del archivo 02 del expediente digital](#)).

2.2.2. Petición dirigida a la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, de fecha 09 de febrero de 2021, por medio de la cual el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria ahora reclamada ([fl. 12 – 15 del archivo 02 del expediente digital](#)).

2.2.3. Recibo del Banco BBVA sobre el pago de la prestación aquí reclamada ([Fl. 20 del archivo 02 del expediente digital](#))

2.2.4. Certificado de pago de cesantías expedido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio ([Archivo 09 del expediente digital](#))



Rad. No. 110013335009**20220017500**

Demandante: Edgar Osvaldo Vega

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá.

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 **09 de febrero de 2021**, 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



Rad. No. 110013335009**20220017500**

Demandante: Edgar Osvaldo Vega

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá.

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 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:

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

3 M. P. Iván Humberto Escrucera Mayolo



Rad. No. 11001333500920220017500

Demandante: Edgar Osvaldo Vega

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá.

- 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



Rad. No. 11001333500920220017500

Demandante: Edgar Osvaldo Vega

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá.

del 18 de julio de 2018⁴, 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

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



Rad. No. 11001333500920220017500

Demandante: Edgar Osvaldo Vega

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá.

intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

3. *De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.*
4. ***Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.*
5. ***Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA”. » (Negrillas y subrayas fuera del texto original)*

Sobre la causación de esa erogación indemnizatoria, la Sala Plena del Consejo de Estado, sentó las bases para tal fin en los siguientes términos⁷: “95. En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán **15** días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/200, **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



Rad. No. 11001333500920220017500

Demandante: Edgar Osvaldo Vega

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá.

*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



Rad. No. 110013335009**20220017500**

Demandante: Edgar Osvaldo Vega

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá.

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 definitiva al demandante (Resolución 1238 del 15 de febrero de 2019), 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 18 de julio 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 18 de julio de 2018**, razón por la cual la resolución de reconocimiento de la cesantía definitiva debió proferirse, a más tardar el **10 de agosto de 2018**, quedando ejecutoriada el **27 de agosto del mismo año**. Por lo tanto, el término para efectuar el pago de la cesantía definitiva **feneció el 30 de octubre de 2018** e incurrió en mora a partir del día **31 de octubre 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 20 de marzo de 2019; no obstante, de conformidad con el certificado de pago de cesantías expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual obra en el [Archivo 09 del expediente digital](#), la cesantía definitiva reconocida mediante la Resolución 1238 del 15 de febrero de 2019, fue puesta a disposición del demandante el **15 de marzo de 2019**.

En consecuencia, la sanción moratoria de la Ley 1071 de 2006 se causó entre el **31 de octubre de 2018 y el 14 de marzo de 2019**, es decir, la mora fue de **135 días**.

En relación con el salario **que debe tenerse en cuenta para liquidar la mora**,

⁵ Según información suministrada en la Resolución 1238 del 15 de febrero de 2019.



la misma sentencia de unificación citada precisó que, cuando se trata de cesantía definitiva, es la percibida para la época en que finalizó la relación laboral.

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.

Conforme a lo anterior, los 3 años iniciales vencían el **31 de octubre de 2021**, pero el **09 de febrero de 2021**, con la presentación de la reclamación escrita, fueron interrumpidos por un término igual; término que se suspendió el **31 de mayo de 2022**, 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

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”

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



Rad. No. 110013335009**20220017500**

Demandante: Edgar Osvaldo Vega

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá.

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 definitiva, en la cantidad que corresponda después de realizar la operación matemática de multiplicar los **135 días de la mora** con fundamento en la asignación básica es la percibida por el actor para la época en que finalizó la relación laboral.

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**

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>>.**



Rad. No. 110013335009**20220017500**
Demandante: Edgar Osvaldo Vega
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional –
FOMAG y Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá.

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,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR configurado el acto ficto negativo originado por el silencio de la administración frente a la petición radicada el 09 de febrero de 2021, 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: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de litisconsorcio necesario por pasiva; legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad; improcedencia de la indexación de las condenas; caducidad; prescripción; compensación; genérica; y falta de legitimación en la causa por pasiva, por lo expuesto.

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



Rad. No. 110013335009**20220017500**
Demandante: Edgar Osvaldo Vega
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá.

CUARTO: NEGAR las pretensiones de la demanda frente al Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas.

QUINTO: ORDENAR a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar al señor Edgar Osvaldo Vega, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.391.643, 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 **31 de octubre de 2018 al 14 de marzo de 2019**, esto es, por **135 días**, liquidada con la asignación básica percibida por el actor para la época en que finalizó la relación laboral, sin que varié por la prolongación del tiempo, por las razones ya señaladas en la parte motiva de esta providencia.

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 en esta instancia, 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: : Osw10110@gmail.com; maria_ninycp@hotmail.com; notificacionesjudiciales@mineduccion.gov.co; notjudicial@fiduprevisora.com.co; procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co; t_krueda@fiduprevisora.com.co;

NOVENO: En los términos y para los efectos del memorial poder allegado con el escrito de alegaciones finales, **RECONOCER** personería a la abogada Sandra Milena Burgos Beltrán, identificada con cédula de ciudadanía No. 45.532.162 de Cartagena y portadora de la T.P. 132.578 del C. S. de la J., como apoderada principal de la entidad demandada.

DÉCIMO: En los términos y para los efectos del memorial poder allegado con el escrito de alegaciones finales, **RECONOCER** personería a la abogada Karen Eliana



Rad. No. 110013335009**20220017500**

Demandante: Edgar Osvaldo Vega

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá.

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.

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

DÉCIMO SEGUNDO: 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