

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.  
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

**Radicado:** 11001-33-35-009-2019-00136-00  
**Naturaleza:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Demandante:** DIEGO MARÍA GUERRERO REALPE  
**Demandado:** NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG)

---

**SENTENCIA ANTICIPADA**

Están las diligencias al Despacho para proceder el juez a proferir la sentencia que en derecho corresponde, en los términos del artículo 13 del decreto 806 de 2020, en el proceso iniciado por el señor DIEGO MARÍA GUERRERO REALPE contra FOMAG.

**I. Antecedentes**

**1.1. La demanda y su contestación**

**1.1.1. Pretensiones**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), el accionante solicitó la nulidad del acto presunto negativo originado por el silencio de la administración frente a la petición radicada el 9 de julio de 2018.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, la sanción por la mora en el reconocimiento y pago de su cesantía definitiva, a razón de un día de salario por cada día de mora y el cumplimiento de la sentencia en los términos del CPACA.

**1.1.2. Fundamentos fácticos**

El demandante narró que, el 13 de junio de 2017 solicitó el reconocimiento y pago de su cesantía, petición que fue atendida a través de la resolución 1216 del 13 de febrero de 2018 y su pago efectivo el 27 de marzo de 2018, es decir, por fuera del término previsto por la ley para ello.

### **1.1.3. Fundamentos de derecho**

Expuso las razones por las cuales considera que, es el FOMAG la entidad competente para el reconocimiento y pago de las prestaciones docentes y de la sanción aquí reclamada, la cual se origina en las previsiones de la Ley 1071 de 2006 aplicable al personal docente de acuerdo con la interpretación normativa efectuada por el Consejo de Estado.

### **1.1.4. Escrito de contestación**

El apoderado de la entidad demandada presentó escrito de contestación en el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones; propuso la excepción previa de *falta de ineptitud de demanda por falta de integración del litisconsorte necesario* al considerar que, es la entidad territorial la encargada de expedir los actos administrativos de prestaciones de los docentes y, por ello, debe ser vinculada en el extremo pasivo de la Litis.

Finalmente, propuso como excepciones de fondo la *improcedencia de la indexación e improcedencia de la condena en costas*.

## **1.2. Trámite procesal**

Con auto del 13 de mayo de 2019 se admitió la demanda; por virtud de la suspensión de términos que se dio entre los meses de marzo y junio de 2020 y de las previsiones del Decreto 806 de 2020, mediante proveído del 3 de agosto de 2020, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, con el fin de dictar sentencia anticipada.

### **1.2.1. Alegatos de la parte actora**

El apoderado de la parte actora en esta oportunidad ratificó argumentos y pretensiones de la demanda y solicitó que se dé aplicación a los criterios de unificación establecidos por el Consejo de Estado el 18 de julio de 2018.

### **1.2.2. Alegatos de la entidad demandada**

El apoderado de FOMAG expuso las razones por las cuales considera que no procede la indexación de la sanción moratoria principalmente con fundamento en una decisión proferida por el Consejo de Estado el 18 de julio de 2018; e insistió en que no procede la condena en costas de la entidad demandada.

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. Problema jurídico

Se trata de determinar si el demandante tiene derecho a que FOMAG reconozca y pague la sanción por la mora en el pago de su cesantía y, en caso afirmativo, determinar si la suma resultante es objeto de indexación.

### 2.2. De lo acreditado en el proceso

2.2.1.- Resolución 1216 del 13 de febrero de 2018, por medio de la cual FOMAG ordenó el reconocimiento y pago de la cesantía parcial en favor del demandante y en donde se lee que la solicitud para su reconocimiento fue radicada el 13 de junio de 2017 (fls. 11 a 13).

2.2.2.- Certificación expedida por la Fiduprevisora S.A., en donde consta que la suma reconocida por concepto de cesantías fue puesta a disposición del demandante el 27 de marzo de 2018 (fl. 14).

2.2.3.- Petición radicada el 09 de julio de 2018 reclamando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria (fls. 15 a 17).

### 2.3. Cuestión previa

Antes de resolver el problema jurídico planteado, entra el Despacho a precisar las razones por las que no se acogieron los planteamientos expuestos en el escrito de contestación, según los cuales debía vincularse en el extremo pasivo de la Litis a la Secretaría de Educación de la entidad territorial.

Mediante la ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (**FOMAG**), como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, pero sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados actualmente por la Fiduciaria La Previsora S.A. (FIDUPREVISORA), en desarrollo del contrato de fiducia suscrito por el Ministerio de Educación Nacional.

Según lo previsto en los artículos 5.º y 9.º de la ley 91 de 1989, el reconocimiento de las prestaciones sociales del magisterio **es responsabilidad** de la Nación - Ministerio de Educación Nacional, y el FOMAG está únicamente encargado de efectuar el pago.

Adicionalmente, en virtud de lo consagrado en el artículo 56 de la ley 962 de 2005, **por delegación, las secretarías de educación de las entidades territoriales** son quienes elaboran y suscriben los actos administrativos mediante los cuales se reconocen las prestaciones sociales a los docentes oficiales, pero **ejercen dicha función en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación**, quien continúa siendo la responsable del reconocimiento de dichos emolumentos, función para la cual se tiene presente la regla del artículo 1505 del C.C.

Bajo las anteriores consideraciones, es evidente que, no resulta necesario vincular ni integrar el litisconsorcio con la Secretaría de Educación distrital.

#### **2.4. 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 distingue dos clases de silencio administrativo, aplicable al caso el denominado negativo, en el que, transcurrido el plazo legal, la petición se entiende desestimada, conforme dispone el CPACA en el artículo 83, en estos términos:

*<<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)*

Reposa en el expediente copia de la petición elevada por la parte actora el 09 de julio de 2018, a través de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por la mora en el pago de su cesantía, sin que a la fecha y habiendo transcurrido más de 3 meses la administración haya dado respuesta de fondo, razón por la que se tiene por configurado el acto ficto.

#### **2.5. De la normativa que regula la sanción moratoria.**

La Ley 244 de 1995, fijó los términos para el pago oportuno de cesantías a los servidores públicos y estableció la sanción correspondiente cuando se presente mora en su pago, la que fue adicionada y modificada por la ley 1071 de 2006 con la que se reguló el pago:

**(i)** tanto de las cesantías definitivas como de las cesantías parciales a favor de los servidores públicos, dice el artículo 1.º,

- (ii) fijó un término para su cancelación, en el artículo 4.º,
- (iii) estableció en el párrafo del artículo 5º, la sanción por mora en el pago de las cesantías, o desconocer el plazo que determina, y
- (iv) determinó el ámbito de aplicación, en el artículo 2.º, para empleados y trabajadores del Estado de todo orden.

De la norma en cita, se desprende que es a partir de la radicación de la solicitud del pago de la cesantía definitiva o parcial que deben computarse, quince (15) días hábiles para <<expedir la Resolución correspondiente>> de liquidación de las cesantías, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir de la fecha en la cual haya quedado en firme dicha resolución, para efectuar el pago de la prestación social.

El artículo 87 del CPACA establece las causales de firmeza de los actos administrativos y frente a la oportunidad para interponer los recursos señala<sup>1</sup>: <<Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los **diez (10) días** siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez>>.

Entonces, se contabilizan en total sesenta (60) días hábiles a partir de la petición, más el término de ejecutoria de la resolución, que corresponde a diez (10) días en el CPACA, para un total de setenta (70) días hábiles. Para las cesantías definitivas obviamente debe ser posterior al retiro<sup>2</sup>.

Ahora bien, el Consejo de Estado en **sentencia de unificación**<sup>3</sup> resaltó la importancia de la notificación del acto administrativo que reconoce la cesantía sea parcial o definitiva, precisó que los términos de notificación y ejecutoria no corren para sanción moratoria y estableció diferentes subreglas para el cómputo de la mora en el pago, dependiendo de si el acto administrativo de reconocimiento fue expedido dentro del término legal o por fuera de este y la forma de su notificación, entre las cuales se resalta la regla aplicable a este litigio, expresada así:

1. Cuando el acto administrativo que reconoce la cesantía sea expedido por fuera del término de ley, o cuando no se profiera acto, la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento.

<sup>1</sup> Artículo 76. CPACA.

<sup>2</sup> Sentencia de 29 de febrero de 2016, Exp. 8001-23-31-000-2010-000941-01(1366-12), M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>3</sup> Sentencia del 18 de julio de 2018, C. P. William Hernández Gómez, proceso 73001233300020140058001.

Establecida la ocurrencia de la mora, los días son calendario según lo definió el Consejo de Estado, en sentencia del 22 de noviembre de 2012<sup>4</sup>.

## **2.6. Aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial.**

La Ley 1071 de 2006 es para todos los empleados y trabajadores del Estado, a nivel nacional y territorial,<sup>5</sup> que conforme con la jurisprudencia de unificación del 18 de julio de 2018 del Consejo de Estado comprende a los docentes por su condición de empleados públicos, por tanto, les son aplicables las Leyes 244/95 y 1071/06.

## **2.7. De la indexación**

Respecto de la indexación, esta no resulta procedente conforme dispuso la Corte Constitucional en la sentencia C-488 de 1996, la sanción moratoria busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, por lo que su monto es superior a aquella, no es procedente el reconocimiento y pago concomitante de estas dos figuras, por lo que, en caso de acceder a la sanción no se indexará su monto.

## **2.8. Análisis de los medios de prueba**

Conforme a las consideraciones efectuadas en el acápite anterior, el despacho determina que el acto administrativo mediante el cual la entidad reconoció la cesantía al demandante (resolución 1216 del 13 de febrero de 2018) fue expedida en vigencia del CPACA, y por fuera de los 15 días establecidos por la Ley para el efecto, 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 radicada la solicitud de reconocimiento.

Su petición fue presentada el 13 de junio de 2017<sup>6</sup>, razón por la cual la resolución de reconocimiento de la cesantía parcial debió proferirse el 07 de julio de 2017, quedando ejecutoriada el 24 del mismo mes y año. Allí el término para efectuar el pago de la cesantía definitiva feneció el 27 de septiembre de 2017, causando a partir del día 28, la sanción moratoria por el pago tardío de dicha prestación.

El pago efectivo de la cesantía tuvo lugar el 27 de marzo de 2018<sup>7</sup>, por lo tanto, la sanción moratoria prevista en la ley 1071 de 2006, a favor del

<sup>4</sup> Sentencia Consejo de Estado, Exp. 25000-23-26-000-2000-01407-01 (24872). C.P. Danilo Rojas Betancur.

<sup>5</sup> Consulta realizada en la página web [senado.gov.co](http://senado.gov.co). Proyecto de Ley No. 44 de 2005.

<sup>6</sup> Información contenida en la resolución 1216 del 13 de febrero de 2018.

<sup>7</sup> Folio 14. Certificación de la Fiduprevisora S.A.

actor, se causó entre el 28 de septiembre de 2017 y el 26 de marzo de 2018, habida consideración a que la entidad excedió el plazo previsto en la ley e **incurrió en mora durante 180 días** para hacer efectivo el pago de la prestación. En consecuencia, se debe declarar la nulidad del acto ficto negativo acusado y ordenar el restablecimiento del derecho deprecado.

Para establecer el monto de la sanción, teniendo en cuenta que se trata de cesantía parcial, la entidad demandada deberá tomar el salario básico devengado por el demandante para el año 2017<sup>8</sup>, de allí establecer el valor de un día de salario y multiplicarlo por los 180 días de mora, sanción que en todo caso **no podrá exceder** el monto total reconocido por concepto de cesantía parcial.

## 2.9. Condena en costas

Finalmente, conforme con el artículo 188 del CPACA, que ordena pronunciarse en la sentencia sobre ellas, así lo hará este juez. Y por el artículo 365 del CGP la condena en costas, que anteriormente era en atención al comportamiento reprochable de la parte, hoy es únicamente por haber sido vencida en una actuación procesal, si se acreditan en el proceso.

Para estos fines el Despacho teniendo en cuenta que se acudió a abogado, por exigencia legal para actuar en el proceso, con la presunción de que el trabajo humano en favor de otra persona es remunerado y que de conformidad con la Ley 1123 de 2007<sup>9</sup> los abogados tienen el deber de tasar honorarios por los servicios prestados, y como se encuentran acreditados los gastos del proceso, son razones suficientes para acceder a ellas y fijará las agencias en derecho para esta instancia que se tendrán en cuenta para la liquidación de aquellas.

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** la existencia del acto ficto o presunto negativo producto del silencio administrativo respecto de la petición elevada por la parte actora el 09 de julio de 2018, ante FOMAG, conforme a lo expuesto

<sup>8</sup> Año en que empieza a causarse la mora.

<sup>9</sup> Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado.

en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad del acto ficto negativo originado por el silencio de la administración frente a la petición del 09 de julio de 2018.

**TERCERO: ORDENAR** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG pagar al señor DIEGO MARÍA GUERRERO REALPE, identificado con c.c. 17.305.906, la sanción por la mora en el pago de su cesantía parcial a razón de un día de salario básico por 180 días de retraso.

Para establecer el monto de la sanción, la entidad demandada deberá tomar el salario básico devengado por el demandante para el año 2017, de allí establecer el valor de un día de salario y multiplicarlo por los 180 días de mora, sanción que en todo caso **no podrá exceder** el monto total reconocido por concepto de cesantía definitiva, siguiendo los lineamientos de la parte motiva.

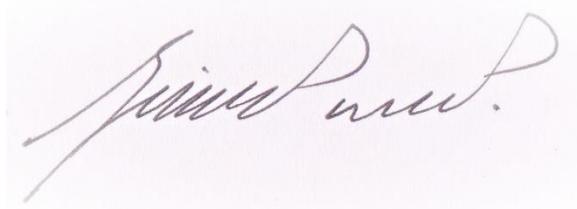
**CUARTO: DENEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO: CONDENAR EN COSTAS**, fijando como agencias en derecho a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y a favor del actor, la cantidad de trescientos mil pesos (\$300.000).

**SEXTO:** Ejecutoriada la presente providencia **ARCHIVAR** el expediente dejando las constancias de rigor.

**SÉPTIMO:** En los términos y para los efectos del memorial poder obrante a folio 135 del expediente se reconoce personería al doctor Mauricio Andrés Cabezas Triviño, identificado con c.c. 1.019.066.285 y portador de la T.P. 287.807 del C.S. de la J., como apoderado de la entidad demandada.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**GUILLERMO POVEDA PERDOMO**  
Juez