

**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: 11001-33-35-009-2019-00161-00
Naturaleza: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: FLORANGELA PALOMAR OTÁLORA
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 la señora FLORANGELA PALOMAR OTÁLORA 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), la accionante solicitó la nulidad del acto presunto negativo originado por el silencio de la administración frente a la petición radicada el 03 de septiembre 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 parcial, 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

La demandante manifestó que, el día 7 de marzo de 2016, solicitó el reconocimiento y pago de su cesantía parcial, petición que fue atendida con resolución 3838 del 27 de junio de 2016 y efectivamente cancelada el 28 de noviembre de 2016, es decir, por fuera del término de 70 días previsto por la norma para el efecto.

1.1.3. Fundamentos de derecho

Citó disposiciones de rango constitucional y legal que consagran la competencia de FOMAG respecto de las prestaciones docentes, el régimen de cesantías de este gremio y prevén el plazo para su reconocimiento y pago, las cuales consideró vulneradas con la actuación de la administración.

1.2. Escrito de contestación

La entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, citó la norma de creación de FOMAG y precisó que allí mismo se consagra el derecho a las cesantías, pero no se prevé un término para su reconocimiento y pago. Reconoció que por virtud de las interpretaciones efectuadas por el Consejo de Estado para estos efectos debe acudir a la Ley 1071 de 2006.

Finalmente, formuló como excepciones de fondo las que denominó *improcedencia de la indexación e improcedencia de la condena en costas*.

1.3. Trámite procesal

Con auto del 13 de mayo de 2019 se admitió la demanda; mediante proveído del 24 de febrero de 2020 se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA; sin embargo, 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, el 22 de julio de 2020, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, con el fin de dictar sentencia anticipada.

1.3.1. Alegatos de la parte actora

El apoderado de la parte actora se ratificó en las pretensiones y hechos de la demanda e invocó aplicación de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 18 de julio de 2018.

1.3.2. Alegatos de la entidad demandada

El apoderado de la entidad demandada en esta oportunidad reiteró los argumentos expuestos en el escrito de contestación y relacionados con la improcedencia de la indexación y de la condena en costas.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

Se trata de determinar si la 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 3883 del 27 de junio de 2016, por medio de la cual FOMAG ordenó el reconocimiento y pago de la cesantía parcial en favor de la demandante y en donde se lee que la solicitud para su reconocimiento fue radicada el 7 de marzo de 2016 (fls. 11 y 12).

2.2.2.- Certificación en donde consta que, la suma reconocida en favor de la demandante por concepto de cesantía quedó a su disposición a partir del 28 de noviembre de 2016 (fl. 14).

2.2.3.- Petición radicada el 03 de septiembre de 2018 reclamando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria (fls. 15).

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 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 septiembre 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.

No sobra precisar que, si bien es cierto, a folio 26 obra oficio S-2018-157414 del 13 de septiembre de 2018, por medio del cual la Secretaría de Educación del Distrito actuando en nombre y representación de FOMAG remitió la petición de la demandante a la FIDUPREVISORA S.A. y así lo reconoce en oficio posterior visible a folio 29, lo cierto es que es FOMAG la encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones docentes y de sus derechos accesorios y, en este sentido, debió contestar de fondo.

2.4. De la normativa que regula la sanción moratoria.

La Ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006, fijó los términos para el pago oportuno de cesantías a los servidores públicos y la sanción cuando se presente mora en su 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 parágrafo 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 frente a la oportunidad para interponer los recursos señala¹: <<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 retiro².

¹ Artículo 76. CPACA.

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

Ahora bien, el Consejo de Estado en **sentencia de unificación**³ 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.

Establecida la ocurrencia de la mora, los días son calendario según lo definió el Consejo de Estado, en sentencia del 22 de noviembre de 2012⁴.

2.5. Aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial.

El ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 es para todos los empleados y trabajadores del Estado, a nivel nacional y territorial,⁵ 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 de 1995 y 1071 de 2006.

2.6. 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.

2.7. 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 a la demandante (resolución 3883 del 27 de junio de 2016) fue expedida en vigencia del CPACA, y por fuera

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

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

⁵ Consulta realizada en la página web senado.gov.co. Proyecto de Ley No. 44 de 2005.

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 7 de marzo de 2016⁶, razón por la cual la resolución de reconocimiento de la cesantía parcial debió proferirse el 28 del mismo mes y año, quedando ejecutoriada el 11 de abril de 2016. Allí el término para efectuar el pago de la cesantía parcial feneció el 13 de junio de 2016, causando a partir del día 14, la sanción moratoria por el pago tardío de dicha prestación.

El pago efectivo de la cesantía tuvo lugar el 28 de noviembre de 2016⁷, por lo tanto, la sanción moratoria prevista en la ley 1071 de 2006, a favor de la actora, se causó entre el 14 de junio de 2016 y el 27 de noviembre de 2016, habida consideración a que la entidad excedió el plazo previsto en la ley e **incurrió en mora durante 167 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 la demandante para el año 2016⁸, de allí establecer el valor de un día de salario y multiplicarlo por los 167 días de mora, sanción que en todo caso **no podrá exceder** el monto total reconocido por concepto de cesantía parcial.

2.8. 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 2007⁹ los abogados

⁶ Información contenida en la resolución 3883 del 27 de junio de 2016.

⁷ Folio 14. Certificación expedida por la Fiduprevisora S.A.

⁸ Año en el que se causó la mora.

⁹ Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado.

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 3 de septiembre de 2018, ante FOMAG, conforme a lo expuesto 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 radicada el 3 de septiembre de 2018.

TERCERO: ORDENAR a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG pagar a la señora FLORANGELA PALOMAR OTÁLORA, identificada con c.c. 51.890.183, la sanción por la mora en el pago de su cesantía parcial a razón de un día de salario básico por 167 días de retraso.

Para establecer el monto de la sanción, la entidad demandada deberá tomar el salario básico devengado por la demandante para el año 2016, de allí establecer el valor de un día de salario y multiplicarlo por los 167 días de mora, sanción que en todo caso **no podrá exceder** el monto total reconocido por concepto de cesantía parcial, 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 de la actora, la cantidad de trescientos mil pesos (\$300.000).

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

SÉPTIMO: RECONOCER 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

AM