

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., quince (15) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 11001-33-35-009-2019-00127-00
Naturaleza: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: JUANA PATRICIA RODRIGUEZ PESCA
Demandado: NACIÓN– MINISTERIO DE EDUCACIÓN– FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG)

Están las diligencias al Despacho para proceder la juez a proferir la sentencia que en derecho corresponde, en los términos de los artículos 13 del Decreto 806 de 2020 y 42 de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso iniciado por la señora Juana Patricia Rodríguez Pesca contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag.

I. Asunto

La demanda tiene por pretensiones la declaración de nulidad del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio de la administración frente a la petición del 03 de septiembre de 2018 y, como consecuencia de ello, el reconocimiento y pago de la sanción por la mora en el pago de su cesantía.

II. Antecedentes

2.1 La demanda y su contestación

2.1.1 Pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), la accionante pretende que se declare configurado el acto ficto o presunto negativo originado por el silencio de la administración frente a la petición radicada el 03 de septiembre de 2018 y la nulidad de este.

A título de restablecimiento del derecho, depreca el reconocimiento y pago de la sanción por la mora en el pago de su cesantía, a razón de un día de salario por cada día de retardo, la indexación de la respectiva condena e intereses sobre los valores ordenados.



2.1.2 Fundamentos fácticos

La demandante narró que, solicitó el reconocimiento y pago de su cesantía el 18 de octubre de 2016, la cual fue reconocida mediante resolución 4013 del 19 de mayo de 2017 y efectivamente pagada el 27 de julio de 2017.

Reclamó el 03 de septiembre de 2018 el reconocimiento y pago de la referida sanción moratoria, sin que la entidad haya emitido respuesta.

2.1.3 Fundamentos de derecho

Invocó las previsiones de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, en la cuales se dispone que las cesantías parciales y definitivas de los empleados públicos deben ser reconocidas dentro de los 15 días siguientes a su solicitud y pagadas dentro de los siguientes 45 días hábiles, más la fecha de ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento.

Explicó las razones por las cuales considera que estas disposiciones son aplicables a los docentes pese a estar cobijados por la Ley 91 de 1989 y citó pronunciamientos del Consejo de Estado para respaldar sus pretensiones.

2.1.4 Trámite del proceso

La demanda fue radicada el 26 de marzo de 2019, asignándosele el conocimiento de la acción a este Juzgado, que con Auto del 23 de abril de 2019 la admitió.

Luego, en virtud de la suspensión de términos que se dio entre los meses de marzo y junio de 2020 y de las previsiones del Decreto Legislativo 806 de 2020, con proveído del 24 de agosto de 2020, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, con el fin de dictar sentencia anticipada.

2.2. Los alegatos de conclusión

Dentro del término concedido en proveído del 24 de agosto de 2020, las partes lo rindieron por escrito. Por su parte el Agente del Ministerio Público guardó silencio.



2.2.1 Alegatos de conclusión parte demandada

El apoderado de la parte actora enunció los mismos argumentos expuestos en el escrito de la demanda.

2.2.2 Alegatos de conclusión parte demandada

El apoderado de la entidad demandada, en los términos de Ley, se pronunció, precisando que, según las leyes citadas y lo actuado en el proceso, no procede la condena en costas, en tanto en el expediente, no se probó de manera objetiva su causación, subrayando que los argumentos de defensa de la parte demandada fueron eminentemente jurídicos.

Destaca en su escrito, la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria conforme lo dispuesto en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, en la que se determinó que por no ser la sanción moratoria un derecho laboral, sino una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.

Finalmente, presentó fórmula conciliatoria frente a las pretensiones de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

En este punto, aclara el Despacho que, dado que el proceso se encuentra para proferir fallo, no se dará trámite a la fórmula de conciliación, máxime cuando de conformidad con el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, que modificó el art. 247 de la Ley 1437 de 2011, antes de la concesión del recurso de apelación contra la Sentencia condenatoria, las partes, de común acuerdo, podrán solicitar la realización de la audiencia de conciliación.

III. CONSIDERACIONES

3.1 Problema jurídico

De conformidad con las pretensiones de la demanda, el presente asunto se contrae a dilucidar si la señora Juana Patricia Rodríguez Pesca tiene derecho a que la Nación- Ministerio de Educación Nacional- FOMAG le reconozca y pague la sanción por el no



pago oportuno de su cesantía y, en caso afirmativo, determinar si la suma resultante debe ser objeto de indexación.

3.2. De lo acreditado en el proceso

Dentro del proceso obran las siguientes pruebas documentales:

- 3.2.1** Resolución 4013 del 19 de mayo de 2017, por medio de la cual el 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 18 de octubre de 2016 (fls. 11 - 13).
- 3.2.2** Certificación expedida por la Fiduprevisora, en donde consta que el monto de las cesantías parciales fue puesto a disposición de la demandante, a partir del 27 de julio de 2017 (fl. 14).
- 3.2.3** Petición radicada el 03 de septiembre de 2018, por medio de la cual la demandante solicitó al FOMAG el reconocimiento y pago de la sanción moratoria (fls. 15 a 17).

3.3. 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 y no recibió respuesta de fondo,

razón por la cual al haber transcurrido más de tres (3) meses, desde la fecha de presentación de la solicitud, sin obtener respuesta clara y definitiva, se tiene por configurado el referido acto ficto o presunto negativo.

3.4. De la normativa que regula la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.

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, que fue adicionada y modificada por la ley 1071 de 2006 con la que se reguló el pago en los siguientes términos:

- (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 antes transcrita, 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, para efectuar el pago de la prestación social. Para estos efectos resulta imperioso acudir a la normativa vigente a la fecha de expedición del acto administrativo que reconoce las cesantías; en aras de determinar la fecha en que cobra firmeza dicha decisión.

Al respecto, el artículo 62 del antiguo CCA, hoy artículo 87 del CPACA, establece las causales de firmeza de los actos administrativos y frente a la oportunidad para interponer los recursos, este último cuerpo normativo, 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*”.

¹ Artículo 76. CPACA.



Sin embargo, este término difiere cuando el acto administrativo se expidió en vigencia del Decreto 01 de 1984, que en el artículo 51 preveía que los recursos se podían interponer en la diligencia de notificación personal o dentro de los **cinco (5) días** siguientes a ella.

Lo anterior significa que, en principio, deben contabilizarse 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 o cinco (5) días en el CCA, para un total, de setenta (70) días hábiles o sesenta y cinco (65) días hábiles, según corresponda².

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 las siguientes subreglas para el cómputo de la mora en el pago:

1. Cuando el acto administrativo que reconoce la cesantía sea expedido por fuera del término le ley, o cuando no se profiera acto, la sanción moratoria corre 70 días hábiles (o 65 días en vigencia del CCA) después de radicada la solicitud de reconocimiento.
2. Cuando el acto administrativo que reconoce la cesantía fue expedido dentro de los 15 días que la ley impone y se notifica por medio electrónico, el término de ejecutoria se computará a partir del día siguiente en que la entidad certifique el acceso del peticionario al contenido íntegro del acto, que en todo caso deberá hacerse a más tardar 12 días después de expedido el mismo.
3. Si la notificación no es por correo electrónico, la entidad debe citar al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto para que acuda a la notificación personal y de no ser posible dentro de los 5 días siguientes remitir el aviso correspondiente. En este caso la ejecutoria se contabiliza al día siguiente de la notificación personal o de la entrega del aviso, según el caso.
4. En caso de existir acto expreso que reconoce la cesantía, pero sin notificación, puede ocurrir que el término de ejecutoria se contabilice con la notificación por conducta concluyente originada en alguna actuación del peticionario que así la configure o que los 45 días para el pago se deban contabilizar después de 12 días de

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

³ Sentencia del 18 de julio de 2018, con ponencia del consejero William Hernández Gómez, dentro proceso 73001233300020140058001.



expedido el acto definitivo *“considerando la ficción que la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario, 5 días que le dio de espera para comparecer a recibir la notificación, 1 día para entregarle el aviso y 1 día más con el que la perfecciona por este medio”*.

5. Cuando el peticionario, renuncia expresamente a los términos de notificación y ejecutoria, los 45 días para el pago de la cesantía corren a partir del día siguiente a dicha renuncia.

6. Finalmente, si el peticionario interpone recursos contra el acto administrativo de reconocimiento de la cesantía, los 45 días para el pago correrán al día siguiente de la comunicación del acto administrativo que resuelve los recursos, o pasados 15 días de haber presentado los recursos sin que la resolución de estos se haya notificado.

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.

3.5. 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 territorial⁵, que conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶ comprende a los docentes *“proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente, el derecho a la igualdad de oportunidades de estos trabajadores, establecido en el artículo 53 C.P. y el artículo 13 ibídem”*.

En la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, el Consejo de Estado analizó la naturaleza del empleo del docente oficial, las características de su régimen de carrera y concluyó que pese a que la ley los define como *“empleados oficiales”* lo cierto es que se trata de *“empleados públicos”* de la Rama Ejecutiva del Estado y, por tanto, les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, en cuanto contemplan la sanción por mora en el pago de las cesantías.

Entonces, la Ley 1071 de 2006, cobija a todos los empleados y trabajadores del Estado, incluyendo a los docentes oficiales y la sanción es compatible con la aplicación del régimen especial para docentes sobre las cesantías, sean parciales o

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

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

⁶ Sentencia catorce (14) de diciembre de dos mil quince (2015). Consejero ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14)



definitivas.

4. Del caso en concreto

Conforme a las consideraciones efectuadas, el acto administrativo mediante el cual la entidad reconoció la cesantía parcial (Resolución 4013 de 19 de mayo de 2017), 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 octubre de 2016⁷; 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 octubre de 2016**, razón por la cual la resolución de reconocimiento de la cesantía parcial debió proferirse, a más tardar el **09 de noviembre de 2016**, quedando ejecutoriada el 24 de noviembre del mismo año. Por lo tanto, el término para efectuar el pago de la cesantía parcial **feneció el 30 de enero de 2017** e incurrió en mora a partir del **31 de enero de 2017**.

De otra parte, el pago de las cesantías fue puesto a disposición el **27 de julio de 2017**, como consta en el certificado de la Fiduprevisora visible a folio 14, por lo tanto, la sanción moratoria de la Ley 1071 de 2006 se causó entre el **31 de enero de 2017 y el 26 de julio de 2017**, es decir, la mora fue de **177 días**, razón por la cual resulta procedente la declaratoria de nulidad del acto administrativo acusado junto con el consecuente restablecimiento del derecho, en el sentido de un (1) día de salario por cada día de mora.

En relación con el **salario que debe tenerse en cuenta para liquidar la mora**, la misma sentencia de unificación citada precisó que, cuando se trata de cesantía parcial, es la vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación del tiempo; no obstante, como dentro del expediente no obra ninguna prueba en la que conste la asignación básica que devengaba la demandante en enero de 2017, se ordenará al FOMAG que, previo a efectuar la liquidación correspondiente, corrobore esa información con la Secretaría de Educación de Bogotá.

⁷ Según información suministrada en la resolución 4013 de 19 de mayo de 2017, folio 11.



4.1. De la prescripción

El Despacho se pronunciará de Oficio, en relación con la excepción de prescripción, de conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A., así:

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968⁸, 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 Laboral⁹.

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 enero de 2020, pero el 03 de septiembre de 2018, con la presentación de la reclamación escrita, fueron interrumpidos por un término igual, esto es hasta el 03 de septiembre de 2021; término que quedó en suspenso el 14 de diciembre de 2018, día en el que radicó la solicitud de conciliación extrajudicial¹⁰

Ahora bien, entre la fecha de reanudación del término prescriptivo -27 de febrero de 2019- cuando se expidió la certificación de haber sido declarada fallida la conciliación, y la fecha de la presentación de la demanda -26 de marzo de 2019-, transcurrió solo 1 mes, por lo que no operó la prescripción de las sumas pretendidas.

4.2. Indexación

Ahora bien, respecto a la indexación solicitada por la actora, la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia de Unificación de 18 de julio de 2018¹¹, 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

⁸ “Artículo 41°.- 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.”

⁹ “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”

¹⁰ Conforme al artículo 21 de la Ley 640 de 2001, la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador interrumpe el término de prescripción o de caducidad.

¹¹ Ibidem.



corporación, quien, en sentencia del 26 de agosto de 2019, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez¹², dictaminó que mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no es pasible de indexación, sin embargo, al cesar la mora, se consolida una suma total, la cual es objeto de ajuste desde la fecha en que se detiene el conteo de la mora y hasta la ejecutoria de la sentencia.

4.3. 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 la 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 a la demandante, por la sanción ocurrida por la mora en el pago de su cesantía parcial, en la cantidad que corresponda después de realizar la operación matemática de multiplicar los 177 días de la mora por la asignación básica diaria que devengaba al momento de la causación, esto para el 31 de enero de 2017.

4.4. Condena en costas y agencias en derecho

Finalmente, el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el artículo 188 y el artículo 365 del CGP, establecen la posibilidad de condenar en costas, si hubiere lugar a ello; sin embargo, en el caso concreto, no se observa que la entidad demandada haya actuado de mala fe, o abusando del ejercicio de sus derechos procesales, o con temeridad; por lo tanto y conforme con lo expuesto no se condenará en costas en esta instancia procesal.

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

¹² Proferida dentro del Radicado No. 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18)



la administración frente a la petición de 03 de septiembre de 2017, 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 de la 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, a reconocer y pagar a la señora Juana Patricia Rodríguez Pesca, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.368.680, la sanción moratoria prevista en el parágrafo del Artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, en razón a un día de salario por cada día de retardo, por los días comprendidos entre el 31 de enero de 2017 y el 26 de julio de 2017, esto es por 177 días, liquidada con asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varié por la prolongación del tiempo, por las razones ya señaladas en la parte motiva de esta providencia.

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

QUINTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: SIN CONDENAS EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, por lo expuesto en la parte motiva.

SEPTIMO: REMÍTASE 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:

roaortizabogados@gmail.com

t_jotalora@fiduprevisora.com.co

notjudicial@fiduprevisora.com.co

procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co

notificacionesjudiciales@mineduccion.gov.co

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

OCTAVO: Esta providencia **DEBE** incorporarse al expediente digitalizado, organizado



en One Drive, ordenando alimentar simultáneamente el sistema de información Justicia XXI y el de la Rama Judicial Web.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIANA MARCELA ROMERO BAQUERO

JUEZA

DDZ

Firmado Por:

DIANA MARCELA ROMERO BAQUERO

JUEZ

JUEZ - JUZGADO 009 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 7e13d60c3d9b07d2720c05fbc296b199d6df5586869f8c4b538f6562f7e900c0

Documento generado en 12/06/2021 11:33:18 a. m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>