

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., siete (07) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 11001-33-35-009-2019-00383-00
Naturaleza: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARTHA VICTORIA GAMA SOLADNO
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 del artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 182A de la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso iniciado por la señora Martha Victoria Gama 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 08 de noviembre 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 C.P.A.C.A.), 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 08 de noviembre de 2018 y la nulidad de este.

A título de restablecimiento del derecho, deprecia 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 moratorios sobre los valores ordenados y se condene a la entidad a pagar las costas procesales.

2.1.2. Fundamentos fácticos

La demandante narró que, solicitó el reconocimiento y pago de su cesantía el 02 de junio de 2015, la cual fue reconocida mediante resolución 3778 del 04 de agosto de 2015 y efectivamente pagada el primero de diciembre del mismo año.

Reclamó el 08 de noviembre de 2018 el reconocimiento y pago de la referida sanción moratoria sin que a la fecha haya recibido respuesta de fondo a su solicitud, por lo que, considera configurado el silencio negativo.

2.1.3. Fundamentos de derecho

Consideró como vulneradas las previsiones de los artículos 25 y 53 de la Constitución Política y de las leyes 91 de 1989, 244 de 1995 y 1071 de 2006, ante le inoportuno reconocimiento y pago de su cesantía y citó pronunciamientos del Consejo de Estado para respaldar sus argumentos.

2.1.4. Escrito de Contestación del Fomag

El apoderado de la entidad demandada, en su escrito de contestación, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; argumentó que, en el reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes también intervienen las secretarías de educación de las entidades territoriales y la Fiduprevisora S.A., por lo que se encuentra condicionado al trámite que se debe adelantar, a turno y disponibilidad presupuestal.

Propuso como excepción de fondo la que denominó: “Improcedencia de la condena en costas”.

2.1.5. Trámite del proceso

La demanda fue radicada el 16 de septiembre de 2019 y repartida a esta sede judicial que, mediante proveído del 23 de septiembre de 2019 dispuso su admisión en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Mediante auto del 17 de agosto de 2021, se negó por inútil la práctica de la prueba documental solicitada por el Fomag, por cuanto ya reposaba en el expediente, se incorporaron las pruebas aportadas por los extremos litigiosos y se fijó el litigio.

Y con proveído del del 19 de octubre de 2021 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

2.2. Los alegatos de conclusión

2.2.1. Alegatos de conclusión parte actora

El apoderado del extremo activo solicitó que se de aplicación a los parámetros establecidos por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 y se acceda a las pretensiones de la demanda.

2.2.2. Alegatos de conclusión del Fomag

La nueva apoderada del extremo pasivo se ratificó en los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda y solicitó que se denieguen las pretensiones de la demanda y no se condene en condena en costas a su representada, en consideración a que no está comprobada su causación.

Por último, solicitó se termine el presente proceso por que las partes celebraron contrato de transacción, sin embargo, no obra prueba que demuestre la celebración del señalado contrato.

2.2.3. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Judicial 194 Judicial I Conciliación Administrativa rindió concepto el 3 de noviembre de 2021, manifestando que *“desde la fecha en la que se efectuó la solicitud de pago de cesantías hasta que estas se hicieron efectivas, transcurrieron tres meses, mucho más de los 70 días de los que habla la jurisprudencia, siendo claro que en el presente caso se generó un incumplimiento por parte de la demandada de los términos dispuestos por la Ley, tanto para la expedición de la resolución de reconocimiento de las cesantías solicitadas, como para efectuar el pago correspondiente”*.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

De conformidad con la fijación del litigio planteada en Auto de 17 de agosto de 2021, el problema jurídico a resolver es si la accionante tiene derecho a que el Fomag le

pague la sanción por lo no pago oportuno de su cesantía. En caso afirmativo, determinar si a suma resultante es objeto de indexación.

3.2. De lo acreditado en el proceso

Dentro del proceso obran las siguientes pruebas documentales:

- 3.2.1. Resolución 3778 de 04 de agosto de 2015, por medio de la cual el Fomag ordenó el reconocimiento y pago de la **cesantía parcial** en favor de la demandante. En este acto administrativo se lee que la solicitud de la prestación fue radicada el 02 de junio de 2015 (fls. 14 al 16).
- 3.2.2. Certificación expedida por la Fiduprevisora S.A. en donde consta que, el valor reconocido por concepto de cesantías quedó a disposición de la demandante el 1° de diciembre de 2015 (fl. 2 y 3 del archivo “13AlegatosDeConclusion” expediente digital).
- 3.2.3. Petición elevada por la accionante ante Fomag el 08 de noviembre de 2018, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de su cesantía (fls. 12).

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 C.P.A.C.A., 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 08 de noviembre de 2018, sin que a

la fecha haya recibido respuesta de fondo, razón por la cual al haber transcurrido más de tres (3) meses, desde la 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 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 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 C.C.A., hoy artículo 87 del C.P.A.C.A., 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. C.P.A.C.A..

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 C.P.A.C.A. o cinco (5) días en el C.C.A., 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 de la ley, o cuando no se profiera acto, la sanción moratoria corre 70 días hábiles (o 65 días en vigencia del C.C.A.) 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

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.

configure o que los 45 días para el pago se deban contabilizar después de 12 días de expedido el acto definitivo *“considerando la ficción que la entidad tuvo 5 días para citar al petitionario, 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 petitionario, 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 petitionario 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

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)

aplicación del régimen especial para docentes sobre las cesantías, sean parciales o definitivas.

4. Del caso en concreto

Conforme a las consideraciones efectuadas, el acto administrativo mediante el cual la entidad reconoció la cesantía parcial (Resolución 3778 de 04 de agosto de 2015), expedido en vigencia del C.P.A.C.A., fue proferido por fuera de los 15 días establecidos por la Ley para el efecto, pues la solicitud de dicha prestación fue radicada el 02 de junio de 2015⁷; 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 2 de junio de 2015**, razón por la cual la resolución de reconocimiento de la cesantía parcial debió proferirse, a más tardar el **25 de junio de 2015**, quedando ejecutoriada el 10 de julio del mismo año. Por lo tanto, el término para efectuar el pago de la cesantía parcial **feneció el 16 de septiembre de 2015** e incurrió en mora a partir del **17 de septiembre de 2015**.

De otra parte, el pago de las cesantías fue puesto a disposición el **1º de diciembre de 2015**, como consta en la certificación expedida por la Fiduprevisora S.A. visible a folio 2 y 3 del archivo “13AlegatosDeConclusion” del expediente digital, por lo tanto, la sanción moratoria de la Ley 1071 de 2006 se causó entre el **17 de septiembre de 2015 y el 30 de noviembre de 2015**, es decir, la mora fue de **75 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.

4.1. De la prescripción

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 del 15 de febrero de 2018, radicación 27001-23-33-000-2013-00188-01, numero interno 0810-2014, Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, acudiendo a la sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016,

⁷ Según información suministrada en la resolución 3778 de 4 de agosto de 2015, folio 14.

Magistrado Ponente: 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. Al respecto explicó:

*“(…) la sanción moratoria se debe **reclamar desde que esta se hace exigible**, so pena de que opere la prescripción, al respecto:
(…)*

Prescripción de los salarios moratorios

Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios¹⁰ a la prestación “cesantías”.

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

*Como hacen parte del derecho sancionador¹¹ y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.
(…)*

*En aplicación del criterio jurisprudencial expuesto, según el cual la sanción moratoria es prescriptible y se aplica el término previsto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, en el presente asunto se coligen estos aspectos:
(…)*

*Se concluye de lo expuesto que la demandante reclamó su derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo **por fuera de los tres años contados a partir del día en que se hizo exigible la sanción moratoria** y, por lo anterior en el caso en concreto operó la prescripción extintiva, objeto del recurso de apelación que se analiza” (Resaltado fuera del texto original).*

Ahora bien, según lo visto previamente, el derecho de la demandante al reconocimiento y pago de la sanción moratoria **se hizo exigible a partir del 17 de septiembre de 2015**, por lo que tenía hasta el 17 de septiembre de 2018 para reclamar el derecho, pero solo lo hizo hasta el 08 de noviembre de 2018, cuando ya había operado el fenómeno extintivo de la prescripción, razón por la cual le feneció el derecho a percibir la sanción por mora, y así se declarará en la parte resolutive de la providencia.

4.2. 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 C.G.P., establecen la posibilidad de condenar en costas, si hubiere lugar a ello; sin embargo, en el caso concreto, no se observa que la demandante 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 la administración frente a la petición de 08 de noviembre de 2018, conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción extintiva del derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, y en consecuencia **DENEGAR** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

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

CUARTO: RECONOCER personería adjetiva para actuar en representación de la entidad demandada Nación– Ministerio de Educación Nacional– Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la Doctora Ana María Manrique Palacios, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.052.401.595 de Duitama, y portadora de la tarjeta profesional No. 293.235 del C.S. de la J., de conformidad con el poder de sustitución otorgado por el doctor Luis Alfredo Sanabria Ríos, visible en el archivo “19SustitucionPoderDemandada” dentro del expediente digital.

QUINTO: REMITIR copia de esta providencia, en los términos del artículo 205 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, a los siguientes correos electrónicos:

notificacionesbogota@giraldoabogados.com.co

notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co

notjudicial@fiduprevisora.com.co

Ejecutoriada la presente providencia **ARCHIVAR** el expediente, previas las



constancias de rigor.

SEXTO: 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

DIANA MARCELA ROMERO BAQUERO
JUEZA

MBG

Firmado Por:

Diana Marcela Romero Baquero
Juez
Juzgado Administrativo
009
Bogotá, D.C. - Bogotá 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: **9ef244fd1a48b10278b6d23025abd359371d8bec5676c37bf3e58aede64394f8**

Documento generado en 07/12/2021 12:06:46 PM

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