



Consejo Superior
de la Judicatura

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EXPEDIENTE: 15001-33-33-006-2017-00136-00
DEMANDANTE: DAMASO CHAVARRIA OTALORA
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

ACTA No.75 de 2019

AUDIENCIA INICIAL ART. 180 C.P.A.C.A.

En la ciudad de Tunja, a los dieciocho (18) días del mes de junio de 2018, siendo las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.), día y hora fijados en la providencia del 10 de junio del año en curso, el Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja se constituye en audiencia para llevar a cabo la diligencia de Audiencia Inicial prevista en el artículo 180 del CPACA dentro de los medios de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO: N° 15001-33-33-006-2018-00136-00** instaurado por el señor **DAMASO CHAVARRIA OTALORA** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

Se informa a los asistentes que el orden de la audiencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 180 del C.P.A.C.A., será el siguiente:

1. Verificación de asistentes a la diligencia.
2. Saneamiento del proceso.
3. Resolución de excepciones previas y mixtas.
4. Fijación del litigio.
5. Conciliación.
6. Decreto de Pruebas.
7. Sentencia de primera instancia, si se dan los respectivos presupuestos procesales.

Se advierte a las partes que sus actuaciones procesales deben acatar lo establecido en el artículo 78 del C.G.P., ya que de no observarse sus deberes, se dará aplicación a lo previsto en los artículos 79, 80, 81 y 366 del C.G.P. en concordancia con el artículo 188 del C.P.A.C.A, en caso de que llegasen a proponer excepciones previas, incidentes, recursos o nulidades con mala fe, injustificadamente o de forma temeraria. Lo anterior, conforme a la remisión expresa consagrada en el artículo 306 del C.P.A.C.A.

1. ASISTENTES

En este estado de la diligencia el Despacho concede el uso de la palabra a los asistentes para que indiquen en forma fuerte y clara, su nombre, número de documento de identificación, tarjeta profesional si es el caso y a quien o que entidad representan.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

1.1.-PARTE DEMANDANTE:

El Doctor DIEGO RENE GOMEZ PUENTES, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.181.516, y portador de la Tarjeta Profesional No.151.188 del C.S de la J. en calidad de apoderado de la parte demandante, sustituye poder a la Dra. LAURA CRISTINA GÓMEZ PUENTES, identificada con cédula de Ciudadanía No.1.049.635.728 y portadora de la Tarjeta Profesional No.290.402 del C. S. de la J., en atención a que la sustitución reúne los requisitos establecidos en los artículos 159, 160 del C.P.A.C.A. y 75 del C.G.P., el despacho reconoce personería jurídica para actuar como apoderado de la parte demandante para el proceso de qué trata esta audiencia.

1.2.- PARTE DEMANDADA:

NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Se le reconoce personería a la abogada **INGRID ANDREA GONZALEZ TORRES**, identificada con cédula de ciudadanía No.52.733.455, y portadora de la Tarjeta Profesional No.152.068 del C.S. de la J., como apoderada judicial de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, para los efectos y términos del poder a ella conferido, y que se allega al presente estrado judicial.

1.3.- MINISTERIO PÚBLICO:

Doctora **PAOLA ROCÍO PÉREZ SÁNCHEZ**, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 33.365.651 de Tunja y portadora de la Tarjeta Profesional No. 130.141 del C.S. de la J., quien actúa en calidad de Procuradora Judicial 67 para Asuntos Administrativos ante este Despacho.

Las partes quedan notificadas en estrados. Las partes estuvieron conformes.

1.4. INASISTENCIAS Y EXCUSAS

Se deja constancia de la inasistencia del **representante de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado**. No obstante, lo anterior, se continúa con el orden de la audiencia, pues la inasistencia de éste no impide la realización de la misma, según lo establecido en el inciso 2º del numeral 2º del artículo 180 C.P.A.C.A.

Las partes quedan notificadas en estrados. Las partes estuvieron conformes.

2. SANEAMIENTO DEL PROCESO

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 180 numeral 5 en concordancia con el 207 del C.P.A.C.A., el Despacho **NO** advierte la existencia de alguna irregularidad o vicios que acarreen nulidades de lo actuado hasta esta etapa procesal dentro del proceso de qué

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00
Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

trata esta audiencia. No obstante lo anterior, se concede el uso de la palabra a las partes para que se manifiesten al respecto:

- **Apoderado de la parte actora:** Manifiesta no observar irregularidad alguna.
- **Apoderado de la parte accionada:** Manifiesta que no encuentra ningún vicio en el proceso de que trata esta audiencia el proceso de que trata esta audiencia.
- **Representante del Ministerio Público:** Manifiesta que no advierte vicio o irregularidad alguna.

Escuchadas las partes, el Despacho manifiesta que no existe irregularidad, ni causal alguna que origine nulidad de lo actuado en el proceso, razón por la cual se continúa con el orden de la audiencia.

Las partes quedan notificadas en estrado. Las partes y el Ministerio Público estuvieron conformes.

3. DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS

La entidad demandada, con la contestación de la demanda propuso como excepciones las que denominó: "**Vinculación de Litisconsorte**", "**Falta de legitimidad por pasiva**", "**reconocimiento y trámite de las prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**", "**prescripción**" y "**genérica**", a las que se les dio traslado de conformidad con el artículo 175 del C.P.A.C.A., término dentro del cual el apoderado de la parte demandante guardó silencio.

De las excepciones propuestas y que denominó "**Vinculación De Litisconsorte**" y "**Falta de legitimación en la causa por pasiva**" se tienen la primera como excepción previa al tenor de lo previsto en el artículo 100 del CGP y la segunda lo que la doctrina y la jurisprudencia ha denominado como mixta y que se refiere a ellas el numeral 6º del artículo 180 del CPACA, por lo que estas se resolverán en el trámite de la presente audiencia según lo dispone la norma antes citada. Se aclara que la denominada por la demandada como "**reconocimiento y trámite de las prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**" por relacionarse directamente con la denominada como "**falta de legitimación en la causa por pasiva**" será igualmente resuelta en esta instancia procesal.

La que denomina la parte demandada como "**prescripción**" por no ser de las previstas en las normas referidas como previas o mixtas será objeto de estudio cuando se resuelva el fondo del asunto.

En esa medida procede el Despacho a resolver las excepciones previas y mixtas propuestas de la siguiente manera:

- **Vinculación del litisconsorte**

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Con esta excepción de una parte la accionada solicita que se vincule a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. por ser la entidad a la cual se le entregó mediante contrato fiduciario la administración de la cuenta constitutiva del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de donde se desprende su condición de vocera del patrimonio autónomo respectivo; y de otra, la vinculación de la entidad territorial donde laboraba la demandante, por tener bajo su responsabilidad la administración del personal docente.

Al respecto es del caso advertir que el artículo 61 del C.G.P. aplicable en materia contencioso administrativa según lo dispone el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, dispone que el litisconsorcio necesario se da en aquellos eventos en que el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos.

Los argumentos expuestos por la apoderada de la entidad accionada relacionados con la vinculación de la Entidad Territorial como litisconsorte necesario, no son de recibo toda vez que de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 9º de la Ley 91 de 1989, en concordancia con lo establecido en el artículo 56¹ de la Ley 962 de 2005, así como en el capítulo II del Decreto 2831 del mismo año, compilado por el Decreto 1075 de 2015, se tiene que, la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá cumple funciones que en principio son propias del Ministerio de Educación Nacional, pero que, se depositan en aquella como una estrategia de regionalización, de manera que la defensa de la legalidad de los reconocimientos y demás decisiones relacionadas con los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es un atributo del órgano central competente y no de la entidad territorial, pues se delega en ella la facultad de elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, pero no la responsabilidad del reconocimiento como tal, tarea asignada por el entonces vigente artículo 56 del Decreto 962 de 2005 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; si bien, aun cuando la gestión de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales cuyo pago como señalamos de conformidad con la citada norma vigente para la época de los hechos, se encontraba a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se efectúa a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales, previa aprobación de la entidad fiduciaria que se encarga de su pago, lo cierto es que, estas actúan en representación de la Nación - Ministerio de Educación, entidad a la que realmente corresponde la cuenta especial conformada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio².

1 ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.»

2 Así lo manifestó el Consejo de Estado en sentencia del 21 de noviembre de 2011 en donde indicó:

“... como quiera que el contenido del artículo 56 de la Ley 962 del 2005, que radicó en cabeza de los Secretarios de Educación la función de expedir los actos administrativos de reconocimiento pensional, no implicó descentralización fiscal en el manejo y pago de las acreencias originadas en las prestaciones sociales del personal docente afiliado, pues **tal competencia le continua correspondiendo a dicho Organismo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3º, 5º y 9º de la Ley 91 de 1989**, tan así es, que con todo, los actos administrativos expedidos por las autoridades territoriales se encuentran sujetos al control y aprobación del mencionado **Fondo, por**

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

En consecuencia, la entidad territorial no se encuentra obligada a comparecer como listisconsorte necesario al no poderse predicar de ella autonomía en el ejercicio de dicha función, por lo tanto, el reconocimiento y pago de la prestación social solicitada está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya representación se encuentra en cabeza del Ministerio de Educación Nacional de conformidad con los artículos 3º, 5º y 9º de la Ley 91 de 1989, quien tendrá la legitimación en la causa por pasiva dentro del presente asunto.

Frente a la vinculación de la Fiduciaria la Previsora S.A., el Despacho reitera lo señalado líneas arriba, en cuanto a que es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde finalmente aprobar el proyecto de acto administrativo por el cual se dispone el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, por lo que la fiduprevisora se encarga solamente emitir visto bueno a los proyectos elaborados por dicho entes territoriales, de modo que no se requiere su presencia para resolver el litigio.

Bajo las anteriores argumentaciones, se colige que la excepción invocada no tiene vocación de prosperidad; y en este sentido, el mencionado reconocimiento estaría a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya representación se encuentra en cabeza del Ministerio de Educación Nacional, quien tendrá la legitimación en la causa por pasiva dentro del presente asunto.

• **Falta de legitimidad por pasiva - Reconocimiento y trámite de las prestaciones económicas a cargo del F.N.P.S.M.**

Respecto a la legitimidad que pueda tener la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para actuar dentro del presente proceso como parte demandada, se precisa que las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene, en estricto sentido, la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, así como la de la Fiduciaria la Previsora S.A., a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada. Sin embargo, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde finalmente el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes.³ Lo anterior tiene pleno respaldo en jurisprudencia del Consejo de Estado de fecha catorce (14) de febrero

lo que es a éste a quien corresponde acudir a defender la legalidad de los actos demandados, radicándose en el mismo la responsabilidad frente a las consecuencias económicas que de su eventual anulación se deriven. (Negrilla y subraya del Despacho)"

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", 18 de agosto de 2011, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Radicación N° 6800-1231-5000-2004-02094-01(1887-CC)

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

de dos mil trece (2013), en donde se estudió la legitimación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en un caso como el aquí debatido⁴.

Por lo expuesto, el Despacho concluye que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio intervino sustancialmente en la decisión adoptada en el proyecto de Resolución que constituye el acto administrativo demandado, por tanto, la excepción invocada no tiene vocación de prosperidad.

Finalmente, en relación con la excepción propuesta como "**Genérica**" el Despacho considera que además de las excepciones presentadas con la contestación de la demanda, no se encuentran otras de la naturaleza de previas o mixtas que deban ser declaradas de oficio dentro del presente asunto.

Las partes quedan notificadas en estrados. Las partes y el Ministerio Público estuvieron conformes.

4. FIJACIÓN DEL LITIGIO:

Para fijar el litigio objeto de pronunciamiento futuro de este Despacho, es menester recordar a las partes que el apoderado judicial del señor DAMASO CHAVARRIA OTALORA en el libelo introductorio solicitó como pretensiones: **(i)**. La declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo, respecto del derecho de petición elevado por el demandante el 1º de febrero de 2018 ante la entidad demandada en relación al pago de la indemnización por mora en el pago tardío de las cesantías; **(ii)**. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho condenar a la demandada a reconocer, liquidar y pagar a la demandante la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, a razón de un día de salario por cada día de retardo, desde el 7 de junio al 28 de agosto de 2016, por un valor de \$8.974.555; **(iii)** Así mismo, condenar a la demandada a indexar las sumas reconocidas, así como al pago de los intereses moratorios desde la fecha de exigibilidad hasta la fecha del pago efectivo; **(vii)**. Condenar al pago de costas y agencias en derecho.

Se indaga a las partes si están de acuerdo con la síntesis efectuada por el Despacho.

- **Apoderado de la parte actora:** Conforme.
- **Apoderado de la parte demandada:** Conforme.
- **Ministerio Público:** Conforme.

Ahora bien en relación con los hechos en los que la parte demandante sustenta su pretensiones de conformidad con lo prevé el numeral 7º del artículo 180 del CPACA se

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, Subsección "b", Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013), Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12): "... no le asiste la razón a la parte demandada cuando en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente peticionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales... (Negrilla y Subraya del Despacho)"

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

indaga a las partes en relación con los mismos, aclarando que tal pronunciamiento no es una nueva oportunidad para contestar la demanda sino para lograr consensos.

- **Apoderada de la parte actora:** se ratifica en todos los supuestos fácticos y jurídicos señalados en la demanda.
- **Apoderada de la parte demandada:** se ratifica en lo dicho en la contestación de la demanda.

Escuchadas las partes y teniendo en cuenta las respuestas dadas a la demanda interpuesta se tienen como hechos sobre los que no existe controversia, los siguientes:

- Que el señor Damaso Chavarría Otálora mediante solicitud radicada bajo el No.2016-CES-308592 del 18 febrero de 2016, solicitó ante la demandada el reconocimiento y pago de una cesantía definitiva (fl.12).
- Que mediante la Resolución No.0000001713 del 4 de abril de 2016, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció el auxilio de cesantías definitivas a favor del señor Damaso Chavarría Otálora (fl.12-13)
- Que el pago de dicha prestación se efectuó a través del Banco BBVA Sucursal Tunja al señor Damaso Chavarría Otálora el 25 de agosto de 2016 (fl.14).
- Que el señor Damaso Chavarría Otálora el 1º de febrero de 2018 a través de apoderado presentó ante la Secretaría de Educación de Boyacá requerimiento al Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio, del reconocimiento y pago a su favor de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas, la cual no fue resuelta por parte de la entidad demandada (fl.16-19).
- Que según consta en acta de conciliación extrajudicial de fecha 13 de agosto de 2018, proferida por la Procuraduría 67 Judicial I para Asuntos Administrativos, la demandante a través de apoderado el 1 de junio de 2018, convocó a la accionada a audiencia de conciliación extrajudicial, que se declaró fallida ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo por no existir animo conciliatorio entre las partes; dándose por terminada así la etapa conciliatoria y, en consecuencia por agotado el requisito de procedibilidad exigido para acudir ante esta Jurisdicción (fl.32-33).
- Que la actora acudió en demanda ante la jurisdicción el 4 de septiembre de 2018 (fl.1).

Teniendo en cuenta lo anterior el despacho deberá resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿De probarse la existencia del referido por la parte demandante como acto administrativo ficto negativo, si el mismo es contrario a la normatividad que regula el reconocimiento de la denominada sanción por la mora en el pago de la cesantía definitiva reconocida a favor de la parte demandante?

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

2. ¿Si como consecuencia de la ilegalidad de dicho acto administrativo debe reconocérsele al demandante el pago de la sanción moratoria a que aluden las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 por la demora en el pago de la cesantía definitiva?
3. ¿Si tal reconocimiento implica además su ajuste conforme a lo previsto en el inciso 4 del artículo 186 del CPACA?
4. ¿Si es menester ordenar el reconocimiento y pago de intereses de mora sobre las sumas de dinero reconocidas?
5. ¿Si procede la condena al pago de costas y agencias en derechos?

Teniendo en cuenta los problemas jurídicos esbozados, el litigio que debe desatar el despacho estriba en determinar si la parte demandada está obligada a pagar al señor DAMASO CHAVARRIA OTALORA la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por haber incurrido en mora en el pago efectivo de sus cesantías definitivas y si dicha obligación conlleva el ajuste previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 y el pago de intereses moratorios.

En los anteriores términos queda fijado el litigio.

Se concede el uso de la palabra a las partes para que se pronuncien sobre lo fijación del litigio expuesta por el Despacho: Las partes manifiestan estar conformes.

De esta manera queda fijado el litigio. Las partes quedan notificadas en estrados.

5. CONCILIACIÓN:

Conforme al artículo 180 No.8 del CPACA, que dispone el juez podrá invitar a las partes a conciliar sus diferencias, caso en el cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento, conforme a lo anterior, se le concede el uso de la palabra a las partes para verificar si existe ánimo conciliatorio y si en el presente caso la entidad accionada se reunió con el comité de conciliación, para lo cual deberá allegar el acta de conciliación emitida por dicho comité.

- Se le concede el uso de la palabra la **apoderada de la parte demandada**, quien manifiesta: para la presente audiencia no se cuenta con pronunciamiento por parte del Comité de Conciliación por lo que no es factible conciliar.
- **Apoderado de la parte actora expediente:** solicita se declare fracasada la etapa conciliatoria.
- **Ministerio Público:** solicita se declare fracasada esta etapa y se continúe con el trámite de la audiencia, no obstante insta al Despacho a hacer un llamado de atención ante la falta de pronunciamiento por parte del Comité de Conciliación. a lo que el Juez accede y se pronuncia al respecto.

Se deja constancia de la incorporación del acta presentada por el apoderado de la entidad demandada, así mismo indica el Despacho que una vez escuchadas las partes y en atención a que no existe ánimo conciliatorio, el Despacho declara fracasada esta fase de la

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

audiencia, y en consecuencia se ordena seguir con el trámite establecido para esta audiencia.

Las partes quedan notificadas en estrados. Las partes y el Ministerio Público estuvieron conformes con lo decidido.

6. MEDIDAS CAUTELARES.

Con las demandas no se solicitaron medidas cautelares y tampoco durante el trámite de la audiencia.

Las partes quedan notificadas en estrados Las partes y el Ministerio Público estuvieron conformes con lo decidido.

7. DECRETO DE PRUEBAS:

7.1. PARTE DEMANDANTE:

❖ **DOCUMENTALES:**

Téngase como pruebas con el valor que por ley les corresponda a los documentos vistos a folios 8-33 del expediente.

7.2. PARTE DEMANDADA:

❖ **DOCUMENTALES:**

- Niéguese la solicitud presentada en el acápite denominado "PRUEBAS", de oficiar a la entidad territorial que profirió el acto administrativo demandado, para que allegue copia del "*expediente administrativo de la controversia aquí planteada*", lo anterior, teniendo en cuenta que con la demanda se allegó copia del acto administrativo a través del cual se reconoció las cesantías definitivas al demandante, copia de recibo expedido por el Banco BBVA a través del cual se verifica la fecha en la que se realizó el pago de las cesantías definitivas, copia de la petición a través de la cual el demandante solicitó el pago de la indemnización por mora en el pago de sus cesantías, así como, copia de formato único para la expedición de la historia laboral, documentos que este Despacho considera suficientes para resolver el fondo del asunto.

7.3. PRUEBAS DE OFICIO

El Despacho considera que es innecesario decretar pruebas en el presente caso, de conformidad con lo previsto en el numeral 10° del artículo 180 del C.P.A.C.A.

Las partes quedan notificadas en estrados. Las partes y el Ministerio Público estuvieron conformes con lo decidido.

8. PRESCINDIR DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00
Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Atendiendo a que el asunto **sometido a consideración del Juzgado es de puro derecho**, y que las pruebas obrantes en el expediente son suficientes para proferir decisión de fondo, el Despacho dará **aplicación al inciso final del artículo 179 del C.P.A.C.A.**, para lo cual se prescinde de la audiencia de pruebas, se procede a escuchar los alegatos de conclusión expuestos por las partes y dictar sentencia.

La anterior decisión queda notificada en estrados. Las partes y el Ministerio Público estuvieron conformes con lo decidido.

9. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

El Despacho concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus **alegatos de conclusión**:

Apoderado de la parte actora: (Minuto 00:43:15 – 00:47:35)

Apoderado de la parte accionada: (Minuto 00:48:00 -00:49:47)

Ministerio Público: (Minuto 00:49:58 -01:00:50)

10. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Escuchados los alegatos presentados, de conformidad con el artículo 179 y 187 del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación.

1. Problema jurídico a resolver

Conforme se expuso en la fijación del litigio, el presente asunto se contrae a determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales de conformidad con las previsiones contenidas en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006; o si por el contrario, como lo aduce la defensa, por tratarse de un servidor docente, no tiene derecho al no encontrarse previsto su reconocimiento en el régimen especial.

Para resolver el anterior interrogante el Despacho aplicará la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018 proferida por el Consejo de Estado con el fin de estudiar los siguientes *ítems*: **(i)** Régimen jurídico de las cesantías de los docentes oficiales; **(ii)** Sanción Moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales - marco jurídico y jurisprudencial; **(iii)** De la aplicación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías a los docentes oficiales – Sentencia de Unificación proferida por el Consejo de Estado el 18 de julio de 2018; **(iv)** Reconocimiento de cesantías en el sector docente **(v)** Salario base de liquidación de la sanción moratoria; **(vi)** Procedencia de la indexación en la sanción moratoria; **(vii)**. De la existencia del acto administrativo ficto negativo **(viii)** caso concreto.

(i). Régimen jurídico de las cesantías de los docentes oficiales

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en el cual se previó un sistema de retroactividad para los docentes nacionalizados⁵ vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, y el anualizado sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, para los nacionalizados vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1990 y aquellos del orden nacional⁶, así:

“Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...)

3. Cesantías: A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año. B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1° de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.”

Ahora bien, pese a que allí no se señaló el régimen aplicable a los docentes que la misma norma calificó como territoriales, lo cierto es que el artículo 4 ibídem creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la ley, con observancia del régimen ya señalado y de los que se vincularan con posterioridad a ella.

De lo anterior se colige que: i) los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 -lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales-, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Valga decir que la disposición en cita nada establece sobre la sanción por la mora en la cancelación de dicha prestación social.

⁵ Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975. Numeral 2. Art. 1. Ley 91 de 1989.

⁶ Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional. Numeral 1. Art. 1 Ley 91 de 1989.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

**(ii). Sanción Moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales
- Marco jurídico y jurisprudencial**

La Ley 244 de 1995⁷ estableció, la obligación de la entidad empleadora de realizar la liquidación y el reconocimiento de la prestación social en el evento en que el servidor público llegare a quedar cesante, con el propósito atender sus necesidades básicas (cesantías definitivas); o durante la vigencia de la relación laboral (cesantías parciales), relacionados con educación, mejoramiento o compra de vivienda.

Posteriormente la Ley 244 de 1995 fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006⁸, la cual en su artículo 2º, consagró como destinatarios de ella a todos los servidores del Estado, sin excepción al disponer:

"ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN. Son destinatarios de la presente ley 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".

Esta normativa establece igualmente, en el artículo cuarto el procedimiento que debe adelantar la administración a efectos de liquidar el auxilio de las cesantías definitivas o parciales, así:

"Artículo 4. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo". (Subrayado fuera de texto).

Una vez proferida la resolución de liquidación de cesantías, el artículo quinto de la norma en cita, establece el término dentro del cual se deberá efectuar el pago:

"Artículo 5º La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro. (Subrayado fuera de texto).

Ahora, en caso de incumplimiento por parte de la administración en el pago de las cesantías, el parágrafo del artículo quinto de la referida ley, dispone:

⁷ Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones

⁸ Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

"Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este" (Subrayado fuera de texto).

De las disposiciones en cita queda claro que, en cuanto al reconocimiento y pago de cesantías definitivas o parciales, se establece la obligación por parte de la administración de expedir de forma expedita la resolución, y de efectuar el pago oportuno que a ello corresponda; so pena del pago de sanción moratoria por su retardo.

(iii) De la aplicación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías a los docentes oficiales – Sentencia de Unificación proferida por el Consejo de Estado el 18 de julio de 2018.

Toda vez que la Ley 91 de 1989 no previó sanción por la mora en el pago de las cesantías de los docentes, ni las Leyes 244 de 2005 y 1071 de 2006 señalaron expresamente que la sanción moratoria de las cesantías debía también aplicarse a los docentes, surge el interrogante acerca de si los docentes tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad.

El Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo en reciente providencia⁹ zanjó la discusión en sentencia de unificación y para el efecto fijó las siguientes reglas jurisprudenciales:

"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.

3.5.2 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.

194. 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 ley¹⁰ para que la entidad 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

⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018. Radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01.

¹⁰ Artículos 68 y 69 CPACA.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. 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.

3.5.3 **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.

3.5.4 **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.”

Las reglas citadas, se pueden sintetizar mejor aún en el siguiente cuadro explicado igualmente en la sentencia de unificación:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	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 ¹¹	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia

¹¹ Se consideran los supuesto de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

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

(iv). Reconocimiento de cesantías en el sector docente

La Ley 962 de 2005, estableció en el artículo 56 que las prestaciones sociales de los afiliados al FOMAG, serán reconocidas y pagadas por dicho fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre los recursos de este patrimonio autónomo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente.

En cuanto al trámite que se debe seguir para el reconocimiento de prestaciones sociales de docentes el Decreto 2831 de 2005, dispuso en sus artículos 2º, 3º (numerales 3º y 5º), 4º y 5º lo siguiente:

"Artículo 2º. Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. [...]"

Artículo 3º. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces. Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

(...)

3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.

(...)

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme (...).

Artículo 4º. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaria de educación.

Artículo 5°. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley."

En los términos analizados por el Consejo de Estado se tiene que para el reconocimiento y pago de las prestaciones de los afiliados al FOMAG, el Decreto Reglamentario 2831 de 2005, previó unos términos especiales, que se resume a continuación en la siguiente tabla:

	Trámite	Entidad encargada	Término
1	Radicación de la petición de cesantías parciales o definitivas	Secretaría de educación de la entidad territorial certificada a la que se encuentre vinculado el docente.	
2	Elaboración del proyecto de acto administrativo y remisión a la sociedad fiduciaria	Secretaría de educación territorial	Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la radicación de la petición
3	Aprobación o razones para improbarla	Sociedad fiduciaria	Dentro de los 15 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución
4	Suscribir la resolución y efectuar la notificación.	Secretario de educación territorial.	Dentro del término previsto en la ley.
5	Remisión a la sociedad fiduciaria de la copia de los actos administrativos de reconocimiento, junto con la constancia de ejecutoria.	Secretaría de educación territorial.	Dentro de los 3 días siguientes a la firmeza del acto administrativo.

Y en consideración a que el Decreto 2831 de 2005 estableció un procedimiento especial referente a los términos previstos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, (como la cesantía) y que claramente difiere con el establecido en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, la Alta Corporación en la sentencia de unificación mencionada, concluyó:

"Por consiguiente, se tiene que dado que la Ley 1071 de 2006¹² fue expedida por el Congreso de la República, órgano al que por mandato constitucional le corresponde hacer las leyes¹³, y de otro lado, el Decreto 2831 de 2005 por el presidente en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, quien ejerce las funciones de Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad

¹² «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»
¹³ Artículo 150 de la Constitución Política.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Administrativa¹⁴, dicha ley prevalece sobre el decreto reglamentario y en tal virtud, deberá aplicarse tal disposición legal en lo concerniente a los términos para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas de docentes, dada su naturaleza jurídica de servidores públicos, así como la sanción moratoria.

Bajo las anteriores consideraciones, no es posible aplicar simultáneamente el Decreto 2831 de 2005 para el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y de la Ley 1071 de 2006 para la sanción moratoria en el evento en que la entidad pagadora incumpla el plazo, pues ello desconocería la jerarquía normativa de la ley sobre el reglamento.

(v). Salario base de liquidación de la sanción moratoria

El Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo también se pronunció sobre éste aspecto, en asuntos en lo que se debate la consignación tardía del auxilio de cesantías de un empleado público beneficiario del sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990, reiterando la regla que había sido expuesta en sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 de 2016, según la cual sería el devengado por el empleado al momento en que se produce el retardo, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías sucesivos, la asignación salarial cambia por cada anualidad.

Precisó que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales, será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el pago para cada anualidad, dado que el incumplimiento del empleador, se puede extender en el tiempo al comprender una o más anualidades.

Y en lo que se refiere a la sanción moratoria originada por el incumplimiento de la entidad pública frente a las cesantías definitivas, sostuvo la citada corporación que la asignación básica salarial que se debe tener en cuenta, será la percibida para la época en que finalizó la relación laboral, en tanto, al momento en que se produce el retiro del servicio, surge la obligación de pagarlas.

En suma, y en contexto del Consejo de Estado el salario base de liquidación de la sanción moratoria se puede explicar de la siguiente manera:

RÉGIMEN	BASE DE LIQUIDACIÓN DE MORATORIA (Asignación Básica)	EXTENSIÓN EN EL TIEMPO (varias anualidades)
Anualizado	Vigente al momento de la mora	Asignación básica de cada año
Definitivo	Vigente al retiro del servicio	Asignación básica invariable
Parciales	Vigente al momento de la mora	Asignación básica invariable

(vi). Procedencia de la indexación en la sanción moratoria

14 Artículo 189 *ibidem*.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

En cuanto a la procedencia de la indexación de la sanción moratoria, el Consejo de Estado también sentó jurisprudencia reiterando su improcedencia, al sintetizar:

"al no tratarse de un derecho laboral, sino de 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".

Y más adelante agregó:

" (...) en juicio de la Sala para justificar la indexación de la sanción por mora en el pago de las cesantías, no es viable acudir al contenido del último inciso del artículo 187 del CPACA, según el cual, «Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el índice de precios al consumidor», pues en estricto sentido, la sentencia no reivindica ningún derecho ni obligación insatisfecha, erigiéndose como generadora de un beneficio económico para el demandante cuya única causa fue la demora en el pago de una prestación"

191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prologado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA".

En síntesis, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A. es improcedente la indexación de la sanción moratoria.

(vii). De la existencia del acto administrativo ficto negativo

Con la figura del silencio administrativo negativo se busca que el administrado pueda demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que le sea resuelta la situación sin que deba esperar de manera indefinida una solución al respecto, y de esta manera poderle garantizar la efectividad de sus derechos, así lo prevé el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

"ARTÍCULO 83. 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 ésta es negativa.*

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que ésta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Entonces, conforme a lo anterior, habiendo transcurrido más de tres (3) meses sin que la administración hubiera dado respuesta a la petición, se configura la existencia del acto administrativo ficto negativo en relación con dicha petición.

(viii). Caso concreto

Conforme a las reglas jurisprudenciales fijadas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018 el Despacho realizará el análisis del caso. Para lo cual se encuentra acreditado en el expediente lo siguiente:

- Que el señor Damaso Chavarría Otálora docente de vinculación departamental, mediante solicitud radicada bajo el número 2016-CES-308592 del 18 de febrero de 2016, presentó solicitud de retiro definitivo de cesantías, ante la Secretaría de Educación de Boyacá, según consta en la Resolución No.001713 del 4 de abril de 2016 (fls.12-13).
- Que mediante Resolución No.001713 del 4 de abril de 2016 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas a favor del demandante (fls.12-13).
- Que el pago de las cesantías parciales fue puesto a disposición del demandante el día 25 de agosto de 2016 con destino al Banco BBVA y fue cobrado el día 29 de agosto de 2016 (fl.14)
- Que el señor Damaso Chavarría Otálora el 1º de febrero de 2018 a través de apoderado presentó ante la Secretaría de Educación de Boyacá petición al Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendiente a que se le reconociera a su favor la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas; petición respecto de la cual la entidad permaneció silente configurándose el acto administrativo ficto o presunto por el silencio administrativo negativo (fls.16-19).
- Que según consta en acta de conciliación extrajudicial de fecha 13 de agosto de 2018, proferida por la Procuraduría 67 Judicial I para Asuntos Administrativos, la audiencia de conciliación extrajudicial se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio (fl.32-33).

De conformidad con lo señalado y acatando el precedente jurisprudencial citado, se encuentra probado que los plazos descritos transcurrieron de la siguiente manera:

Término	Fecha	Caso concreto
Fecha de la reclamación de las cesantías definitivas	18/02/2016	
Vencimiento del término para el reconocimiento - 15 días (Art. 4 L. 1071/2006)	10/03/2016	Fecha de reconocimiento: 4 de abril de 2016 Resolución 00001713 de 2016
Vencimiento del término de ejecutoria - 10 días (Arts. 76 y 87 CPACA)	29/03/2016	Fecha de pago: 25 de agosto de 2016
Vencimiento del término para el pago - 45 días (Art. 5 L. 1071/2006)	2/06/2016	Período de mora: 3/06/2016 - 24/08/2016

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

En suma, el Despacho encuentra acreditado que la administración incurrió en tardanza tanto para la expedición de la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas del señor Damaso Chavarría Otálora, como en su pago, conforme se explicó.

De esta manera tenemos que la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías parciales por parte del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio al docente Damaso Chavarría Otálora, procede desde el 3 de junio de 2016 (día siguiente a la fecha en que finalizaron los 70 días que contempla la norma); y hasta el 24 de agosto de 2016 (día anterior a la fecha en que se realizó el giro para su pago), por lo que el demandante conforme a la Ley 1071 de 2006 tiene derecho a que se le pague un día de salario por cada día de retardo.

En cuanto a la asignación básica para la liquidación de la sanción moratoria, tal como se indicó en líneas arriba, se aplica la regla jurisprudencial consistente en que se debe tener en cuenta la asignación vigente al retiro del servicio, sin que varíe por la prolongación en el tiempo, esto es, lo que devengaba en el año 2016, respectivamente.

Así mismo, debe proceder el Despacho a declarar la existencia del acto ficto o presunto derivado de la falta de respuesta a la petición elevada por el actor el 1° de febrero de 2018, a través de la cual solicitó el pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas, lo anterior, toda vez que pasado el término que prevé el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011, la entidad demandada permaneció silente, configurándose la génesis del acto administrativo ficto o presunto.

Finalmente, el Despacho se pronunció respecto del planteamiento del Ministerio Público, señalando que la orden del pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías se dará teniendo en cuenta los días transcurridos conforme la normativa legal y jurisprudencial citada en la parte considerativa de esta providencia y en aplicación del principio de favorabilidad del derecho laboral, y no en hábiles como lo solicita el Ministerio Público.

Prescripción

Establecido el derecho que le asiste al demandante, se torna procedente abordar el estudio de la prescripción, frente a lo cual en lo pertinente el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

"1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, por un lapso igual".

En consonancia con la norma transcrita, los derechos o prestaciones que no son reconocidos por la entidad obligada a su pago pueden ser reclamados por el sujeto afectado desde el momento a partir del cual se hacen exigibles.

*Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00**Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*

En ese orden de ideas, se tiene que a partir del 3 de junio de 2016, nació para el accionante el derecho a la indemnización por el pago tardío de las cesantías y en consecuencia, a partir de esa fecha, empezó a contar el término de prescripción trienal.

Para el caso, el actor presentó la solicitud indemnización por el pago tardío de las cesantías el 1 de febrero de 2018 (fl.16), por lo que no se cumplen los presupuestos de la norma transcrita para declaratoria del fenómeno jurídico de la prescripción.

Costas

Respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

No obstante atendiendo a que las pretensiones prosperaron parcialmente, pues no se condenará a la entidad en la forma indicada por la parte actora, el Despacho se abstendrá de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del CGP.

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE no probada la excepción de prescripción, propuesta por el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLÁRASE la existencia del acto ficto o presunto derivado de no haberse resuelto la petición elevada por el actor el 1° de febrero de 2018 a través de la cual solicitó el pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: DECLÁRASE la nulidad del acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo que se originó por no haberse respondido derecho de petición elevado por el señor Damaso Chavarría Otálora el 1° de febrero de 2016, a través del cual solicitó el pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho **CONDENAR** a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer a favor del señor Damaso Chavarría Otálora identificado con cédula de ciudadanía No.6.756.736, la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas a razón de un día de salario por cada día de retardo, desde el 3 de junio de 2016 (día siguiente a la fecha en que finalizaron los 70 días

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00
Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

que contempla la norma); y hasta el 24 de agosto de 2016 (día anterior a la fecha en que se realizó el giro para su pago), la cual se liquidará con base en la asignación básica devengada por el actor para la anualidad de 2016.

QUINTO: NEGAR la indexación solicitada por improcedente. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Sin condena en costas, conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.

OCTAVO: El presente fallo deberá cumplirse en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

NOVENO- Cumplido lo anterior, archívese el expediente y déjese las anotaciones en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI". Si existe excedente de gastos procesales devuélvase a los interesados.

Las partes quedan notificadas en estrados de conformidad con el artículo 202 del CPACA.

- **Apoderado parte demandante:** Sin recursos.
- **Apoderada parte demandada:** Sin recursos.
- **Ministerio Público:** Interpone recurso de apelación, referente a la forma como se deben contabilizar los días en que opera la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, pues según su dicho sólo proceden en días hábiles.

Se corre traslado a las partes del recurso de apelación interpuesto, quienes no emitieron pronunciamiento al respecto.

El Juzgado concede recurso de apelación interpuesto por la Delegada del Ministerio Público en efecto suspensivo conforme lo prevé el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, y ordena su remisión por Secretaria al Tribunal Administrativo de Boyacá.

Las partes quedan notificadas en estrados. Las partes estuvieron conformes.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada siendo las 4:09 p.m. y se firma por quienes intervinieron en ella.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Expediente N° 15001-33-33-006-2018-00136-00
Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio



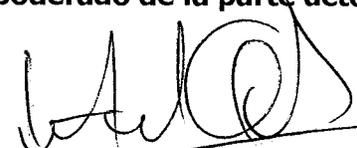
HERVERTH FERNANDO TORRES OREJUELA
Juez



PAOLA ROCÍO PÉREZ SÁNCHEZ
MINISTERIO PÚBLICO



LAURA CRISTINA GÓMEZ PUENTES
Apoderado de la parte actora



INGRID ANDREA GÓNZALEZ TORRES
Apoderada de la parte demandada



MAYIL NORELIA CUERVO BUITRAGO
Secretaria Ad- Hoc