



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN 3

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, veintinueve (29) de julio de dos mil veintiuno (2021)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
REFERENCIA:	15001-33-33-005- 2019-00131 -01
DEMANDANTE:	LUZ MERY SEPÚLVEDA PÉREZ
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
TEMA:	SANCIÓN MORATORIA POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE CESANTÍAS – MOMENTO DE CESACIÓN DE LA MORA – RECTIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 17 de febrero de 2021, mediante la cual el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA¹

Declaraciones y condenas

1. La señora Luz Mery Sepúlveda Pérez, a través de apoderado judicial, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag), con el objeto de que se declare la nulidad del acto ficto negativo derivado de la falta de respuesta a la petición elevada el 17 de mayo de 2018.

2. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la entidad demandada reconocer y

¹ Archivo 2 del expediente electrónico.

pagar la sanción moratoria causada por el pago tardío de las cesantías parciales que fueron reconocidas a favor de la accionante.

3. Finalmente, pidió que se disponga el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 187, 192 y 195 del CPACA, y que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad accionada.

Fundamentos fácticos

4. El apoderado de la parte demandante enunció fundamentos fácticos relevantes que se resumen enseguida:

5. Que el 8 de abril de 2015 la señora Luz Mery Sepúlveda Pérez solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales, correspondientes a los servicios prestados, como docente oficial.

6. Que las cesantías en mención fueron reconocidas con la Resolución 005618 del 5 de septiembre de 2015.

7. Que el pago de la prestación se llevó a cabo el 13 de junio de 2016, es decir, con una mora de 287 días contados a partir del vencimiento de los 70 días hábiles que tenía la entidad para desembolsar la prestación.

8. Que el 17 de mayo de 2018 la actora solicitó el pago de la sanción moratoria derivada del pago tardío de sus cesantías parciales, pero esa petición no fue contestada.

Fundamentos de derecho

9. El apoderado de la parte actora señaló como normas violadas los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, y 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

10. En síntesis, expuso la problemática que conllevó a la expedición de normas que establecen plazos perentorios para el reconocimiento y pago de las cesantías (las cuales transcribió) y explicó los términos que debe surtir cada etapa de ese procedimiento administrativo. Además, citó jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

11. La entidad accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando que *“la parte actora no sustentó en debida forma la existencia del acto ficto o presunto que pretende se le declare frente a la petición radicada,*

² Archivo 11 del expediente electrónico.

referente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria del pago de las cesantías".

12. Formuló como excepciones de mérito las siguientes:

13. El término señalado como sanción moratoria a cargo del Fomag y la Fiduprevisora es menor al que señala la parte demandada (sic): Citó textualmente el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y manifestó que el retardo en las gestiones dirigidas al pago de las cesantías a favor de la actora era imputable a la Secretaría de Educación de Boyacá.

14. Culpa exclusiva de un tercero aplicación Ley 1955 de 2019 (sic): Reiteró lo expuesto en la anterior excepción.

15. De la ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la entidad fiduciaria: Relacionó la finalidad y las funciones del Fomag y las obligaciones derivadas del contrato de fiducia con el que se administra, así como la naturaleza de la sanción moratoria, para concluir que *"no es la Fiduprevisora 'CON CARGO A LOS RECURSOS DEL FOMAG', la llamada a soportar la carga o el castigo de una mora que esta no generó y que peor aún, no tiene la posibilidad real de evitar"*.

16. Prescripción: Sostuvo que la sanción moratoria, si bien estaba vinculada a las cesantías que deben pagarse al servidor público, son un concepto diferente e independiente. Por ende, solicitó que se declare su prescripción en aplicación del artículo 151 del CPL.

17. Improcedencia de la indexación: Adujo que la jurisprudencia ha señalado que la sanción por mora no es objeto de indexación, debido a que se trata de una penalidad que busca el pago oportuno de las cesantías, pero no compensa al trabajador ni lo indemniza, al no tener la naturaleza de derecho laboral.

18. Improcedencia de condena en costas: Citó el artículo 365-8 del CGP y agregó que *"[e]l Consejo de Estado ha señalado de manera pacífica que la condena en costas no es objetiva y, en tal sentido se debe desvirtuar la buena fe de la entidad"*.

19. Condena con cargo a títulos de tesorería del Ministerio de Hacienda y Crédito Público: Pidió que la sentencia indique que la eventual condena deberá ser pagada con títulos de tesorería que emita el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con el parágrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

20. Adicionalmente, propuso la denominada “excepción genérica”.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

21. El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia proferida el 17 de febrero de 2021, resolvió:

“(…) PRIMERO. - Declarar no probada la excepción de ‘prescripción’ propuesta por el apoderado de la entidad demandada, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

*SEGUNDO. - Declarar la existencia del **ACTO FICTO O PRESUNTO NEGATIVO** derivado de la solicitud elevada por la parte demandante a la entidad demandada el **17 de mayo de 2018**, por las razones expuestas.*

*TERCERO. - Declarar la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo respecto de la solicitud presentada por la demandante el día **17 de mayo de 2018** con el Radicado No. 2018-CES-565790, por medio del cual resolvió en forma negativa la petición a la señora **LUZ MERY SEPULVEDA** (sic) **PÉREZ** identificada con la C.C. No.23.914.173 (sic) de Paz del Río, relacionada con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la ley 1071 de 2006.*

*CUARTO. - A título de restablecimiento del derecho **se ordena** a la **Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** reconocer y pagar a favor de la señora **LUZ MERY SEPULVEDA** (sic) **PÉREZ** identificada con la C.C. No.23.914.173 (sic) de Paz del Río, la suma de **CATORCE MILLONES CINCO MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS (\$14.005.640)** suma que corresponde a la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías, por el lapso comprendido entre el **01 de septiembre de 2015** y el **17 de marzo de 2016** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*QUINTO. - **Negar** la indexación e intereses moratorios solicitados. Sin embargo, ello no implica el ajuste al valor de la condena eventual en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A. (...)*” (Resaltado del texto original)

22. Para adoptar tal determinación, el juez de primera instancia relacionó el marco jurídico aplicable al caso y las pruebas recaudadas dentro del proceso, para abordar el fondo del asunto.

23. Explicó que la accionante solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales el 14 de mayo de 2015, de forma que el Fomag tenía hasta el 5 de junio de 2015 (15 días) para expedir el acto administrativo respectivo. No obstante, la resolución de reconocimiento de la prestación fue expedida el 5 de septiembre de 2015.

³ Archivo 79 del expediente electrónico.

24. Aseveró que, por esa razón, la oportunidad para el pago de las cesantías comenzó a correr a partir del 23 de junio de 2015, es decir, desde la fecha en que debió proferirse el acto (5 de junio de 2015) más el término de ejecutoria que este debía superar para adquirir firmeza, (10 días).

25. Indicó, entonces, que los 45 días con que contaba la entidad demandada para pagar la prestación, corrieron del 24 de junio al 31 de agosto de 2015.

26. Expuso, por lo tanto, que la sanción moratoria se causó del 1.º de septiembre de 2015 y hasta el 18 de marzo de 2016, ya que al día siguiente la entidad accionada puso a disposición de la demandante los dineros respectivos (196 días).

27. Recalcó que *“a la entidad demandada no le es imputable el retardo de la demandante en ir a retirar al establecimiento financiero los dineros correspondientes a sus cesantías, sin que sea necesario notificarle sobre el depósito financiero, en la medida que, una vez expedida la resolución de reconocimiento de cesantías, la beneficiaria adquiere la carga de verificar en la Secretaría de Educación la fecha de consignación del mismo conforme a lo señalado en el artículo 2º del Decreto 1272 de 2018”*.

28. Afirmó que, no se configuró el fenómeno de la prescripción, debido a que entre la fecha en la que nació la sanción (31 de agosto de 2015) y la fecha de la reclamación administrativa (17 de mayo de 2018) transcurrieron menos de 3 años.

29. Sostuvo que no había lugar a la indexación de la condena, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.

30. Finalmente, determinó, en concreto, el valor de la sanción moratoria a cargo de la entidad accionada, multiplicando un día de salario básico devengado por la demandante (para 2015 y 2016) por los días totales de la mora, y obtuvo como resultado \$14.005.640.

RECURSO DE APELACIÓN⁴

31. La parte **demandante** apeló la sentencia con fundamento en lo siguiente:

32. Manifestó su inconformidad respecto de la fecha en la que el fallo determinó que cesó la mora.

⁴ Archivo 83 del expediente electrónico.

33. Indicó que no podía tomarse para tal efecto el momento en el que los dineros correspondientes a las cesantías fueron puestos a disposición de la actora en la entidad bancaria (18 de marzo de 2016), debido a que en el expediente no hay prueba que demuestre que la docente fue notificada de esa actuación.

34. Consideró, por consiguiente, que debe entenderse que la mora cesó cuando la demandante retiró la suma dineraria (13 de junio de 2016), ya que es la única fecha cierta de conocimiento del pago y de ingreso de los recursos a su patrimonio.

35. Citó una sentencia proferida el 10 de septiembre de 2020 por este Tribunal (rad. 2018-00035) y concluyó que en total corrieron 287 días de mora.

36. Sostuvo que en caso de duda debe aplicarse el principio de favorabilidad y añadió que, de ser el necesario, el Tribunal podía decretar pruebas de oficio para demostrar si se informó el pago a la accionante.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

37. El anterior recurso fue concedido mediante auto del 18 de marzo de 2021⁵ y fue admitido por esta Corporación mediante providencia calendada del 13 de mayo del presente año⁶. La parte demandada no se pronunció en relación con el recurso de apelación en la oportunidad prevista en el artículo 247-4 del CPACA (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

38. El Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

CONTROL DE LEGALIDAD

39. De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del CPACA, la Sala no encuentra que se haya configurado alguna causal de nulidad que pueda invalidar la actuación realizada dentro del proceso.

⁵ Archivo 85 del expediente electrónico.

⁶ Anotación 5 Samai.

PROBLEMA JURÍDICO

40. Corresponde a la Sala establecer si: *¿El giro o consignación de las cesantías a favor de su beneficiario es suficiente para considerar configurado el pago efectivo de la prestación, o resulta necesaria, además, la demostración de la notificación de esta actuación, so pena de que se tome como extremo final de la sanción moratoria la fecha de retiro o cobro de los dineros por parte del trabajador?*

41. De la interpretación de la sentencia apelada y los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

Tesis argumentativa propuesta por la Sala

A pesar que las decisiones de este Tribunal no son uniformes frente al momento en el que se entiende realizado el pago efectivo de las cesantías, la Sala de Decisión encuentra que el precedente vertical de la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que éste se configura con la consignación o giro de los recursos a la institución bancaria correspondiente, a favor del trabajador. Lo anterior por cuanto, luego de reconocido el derecho, la carga de verificar que se haya adelantado el desembolso recae en el interesado.

Bajo este entendido, en este caso las cesantías fueron giradas a favor de la demandante el 18 de marzo de 2016 y ella finalmente las reclamó el 13 de junio de 2016. Por lo tanto, la mora cesó el día anterior al desembolso (17 de marzo de 2016), tal como lo determinó el fallo de primer grado.

Por lo anterior, la Sala confirmará la sentencia apelada.

ANÁLISIS DE LA SALA

42. La Sala recalca que el único sujeto procesal que apeló la sentencia de primera instancia fue la demandante y que su inconformidad radica exclusivamente en la fecha en que se determinó la cesación de la mora.

43. Mientras que el fallo de primer grado sostuvo que esta situación se configuró cuando la entidad accionada puso a disposición de la actora los dineros correspondientes a sus cesantías (giro o consignación a la institución bancaria), la apelación insiste en que la sanción moratoria debe correr hasta cuando la docente cobró la prestación, porque solo hasta ese momento los dineros ingresaron a su patrimonio y antes de ello

no tenía conocimiento de que podía retirarlos (no le fue notificada la disponibilidad de los recursos para el retiro).

44. Por consiguiente, el análisis del Tribunal se reducirá a ese punto, de conformidad con lo previsto en los artículos 320 y 328 del CGP.

45. Al respecto, el artículo 45 de la Ley 1071 de 2006 señala lo siguiente:

*“(...) **ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO.** 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.*

***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. (...)”* (Negrilla fuera del texto original)

46. En este orden de ideas, la sanción moratoria deja de causarse en el momento en el que cesa la inactividad de la Administración, lo cual ocurre cuando se produce el **“pago efectivo”** del auxilio de cesantías. Sin embargo, esta Corporación no ha mantenido una posición uniforme acerca de cuál es la actuación que configura el pago efectivo de la prestación, particularmente en el caso de los docentes oficiales.

47. La tesis mayoritaria refiere que el pago efectivo se configura en la fecha en la que el Fomag pone a disposición del trabajador los dineros en la institución bancaria (giro o consignación). También ha hecho alusión a que, por ende, el límite final de la sanción no es la fecha de cobro de la prestación (retiro bancario), aunque sin estudiar de forma directa o amplia el asunto⁷.

48. Por su parte, de forma minoritaria se ha aseverado que el pago efectivo se produce cuando el trabajador cobra o retira las cesantías de

⁷ Ver, por ejemplo: TAB, Sent. 2018-00038, abr. 22/2020. M.P. Luis Ernesto Arciniegas Triana; TAB, Sent. 2017-00165, abr. 22/2020. M.P. Luis Ernesto Arciniegas Triana; TAB, Sent. 2018-00020, may. 27/2020. M.P. Luis Ernesto Arciniegas Triana; TAB, Sent. 2018-00385, jun. 23/2020. M.P. José Fernández Osorio; TAB, Sent. 2018-00082, jul. 30/2020. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz; TAB, Sent. 2019-00023, jul. 30/2020. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz; TAB, Sent. 2017-00154, sep. 9/2020. M.P. Óscar Alfonso Granados Naranjo; y TAB, Sent. 2017-00168, sep. 23/2020. M.P. Óscar Alfonso Granados Naranjo.

la institución bancaria donde son consignadas a su favor⁸. En esta línea, la entonces Sala de Decisión 3 sostuvo lo que se transcribe a continuación, al analizar el tema específica y concretamente:

“(...) en razón a los argumentos que motivan la alzada y examinado minuciosamente el expediente, se advierte que no se aportó constancia alguna que acredite la comunicación a la interesada en relación con el pago puesto a su disposición por concepto de las cesantías definitivas reclamadas. Así, la entidad demandada se limitó a certificar las actuaciones adelantadas en relación con el trámite de pago de las cesantías definitivas de la actora; sin que, sea dicho desde ahora, aparezca demostrado que aquella haya sido enterada de las mismas, mediante cualquiera de las formas de notificación o comunicación previstas por el ordenamiento jurídico, a efecto de preservar el principio de publicidad, previamente referido por esta Sala.

41. Quiere esto decir, que, si bien se notificó a la demandante la resolución por medio de la cual se reconocieron sus cesantías definitivas, aspecto que no se encuentra en debate en este proceso, lo cierto es que el trámite de pago de las mismas no culminaba allí, pues la entidad tenía a su cargo hacerlo efectivo, lo cual, dependía de gestiones a su cargo, más no de la interesada, como lo considera el a-quo. Luego, en criterio de este Tribunal, no puede en sede judicial achacársele desidia o desinterés a la solicitante en atender oportunamente al cobro de sus cesantías, pues como se mencionó otrora, para ello el legislador ha previsto los mecanismos mediante los cuales la administración pone en conocimiento de los particulares, las decisiones que los afectan.

(...)

46. En esos términos, dirá la Sala que toda vez que no se logró probar en presente proceso que la consignación realizada por parte de la **Fiduprevisora S.A. el 30 de diciembre de 2015**, se haya realizado a la cuenta de la ahora demandante, ni mucho menos que le haya sido notificada la entidad bancaria en la que la misma se encontraba disponible, pues de ello no obra prueba en el proceso, es claro que no entró a sus haberes desde esa fecha, luego, no hubo pago efectivo. Conclusión a la que se arriba, se itera, en razón a que la entidad demandada no logró probar, siquiera sumariamente, que la demandante haya estado enterada de la consignación realizada en su favor en la mencionada fecha y en la cuenta correspondiente. Reafirma lo anterior el que la entrega de ese dinero pudiera ser reprogramada a libre decisión de la entidad pagadora. Es decir, la ahora demandante, antes acreedora, nunca tuvo el mismo en su patrimonio. (...)⁹ (Subraya fuera del texto original)

49. Conforme puede leerse, según esta tesis, el Fomag tiene la carga de probar que el giro o consignación de las cesantías fue notificado o comunicado al beneficiario y, de no hacerlo, debe tomarse como fecha

⁸ Ver, por ejemplo: TAB, Sent. 2017-00249, ene. 30/2020. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz; TAB, Sent. 2018-00067, mar. 11/2020. M.P. Óscar Alfonso Granados Naranjo; TAB, Sent. 2018-00063, may. 14/2020. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz; TAB, Sent. 2018-00035, sep. 10/2020. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz; TAB, Sent. 2017-00164, may. 26/2021. M.P. Néstor Arturo Méndez Pérez; y TAB, Sent. 2019-00107, may. 27/2021. **M.P. José Fernández Osorio.**

⁹ TAB, Sent. 2018-00035, sep. 10/2020. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

de pago efectivo la del cobro o retiro de los dineros, pues sostiene que es insuficiente acreditar que los recursos estaban a disposición del trabajador en la institución bancaria respectiva.

50. El ponente de la presente providencia, como integrante de la entonces Sala de Decisión 3, apoyó las providencias que prohijaron dicha interpretación. Además, esta Sala profirió una sentencia recientemente en el mismo sentido¹⁰. Sin embargo, esa postura debe recogerse en razón a que no se acompasa con el precedente vertical sobre la materia.

51. La Sección Segunda del Consejo de Estado en varias ocasiones ha manifestado que el cumplimiento del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías se consuma con la consignación o giro de la prestación al banco correspondiente para su pago en ventanilla, toda vez que en cabeza del interesado está la carga de verificar si el monto dinerario se encuentra disponible para su retiro. Un ejemplo de lo anterior se observa en la siguiente providencia:

“(…)

*En lo referente al pago de las **cesantías del 10 de agosto de 2011** en el **banco BBVA** de la ciudad de Ibagué, el Tribunal Administrativo del Tolima, afirmó que se configuró el pago efectivo de la obligación por cuanto, habiéndose notificado la Resolución 1137 de 29 de noviembre de 2010, a través de la cual el FOMAG y la Secretaría de Educación Departamental del Tolima, reconocieron el valor de **\$3.803.658**; no existía un trámite adicional que mediara entre ésta y el pago alegado.*

*Además, sostuvo que el hecho de que la actora no se percatara de dicho desembolso, no implica que la suma no haya sido cancelada, pues materialmente se produjo la consignación en la cuenta registrada para tales efectos, entrando así a su patrimonio, sin que la omisión de dicha verificación sea imputable al **FOMAG**, ni a la Fiduprevisora S.A.*

*Al respecto, la Sala considera que tal como se desprende de lo expresado en la demanda, la Resolución No. 1137 de 29 de noviembre de 2010 y el Oficio No. 2014EE00016230 de marzo de 2014 expedido por la Fiduprevisora; **las cesantías reclamadas por la accionante efectivamente fueron canceladas, dado que la consignación es un hecho material que genera el cumplimiento de lo ordenado en la resolución de reconocimiento notificada el 28 de junio de 2011, sin que tuviera que existir una comunicación adicional sobre el desembolso bancario de las mismas, correspondiéndole a la actora verificar la extinción de la obligación previamente reconocida.***

Así entonces, la reprogramación del pago sugerida por la Fiduprevisora en el Oficio No. 2014EE00016230 de fecha 19 de marzo de 2014, no constituye una negativa del pago de la prementada prestación social, sino un procedimiento administrativo destinado a velar eficazmente por la

¹⁰ TAB, Sent. 2019-00107, may. 27/2021. M.P. José Fernández Osorio.

salvaguarda de los recursos que maneja el **FOMAG.** (...)”¹¹ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

52. La misma sección explicó lo que sigue en otra oportunidad, en un caso donde el desembolso se reprogramó por falta de cobro:

“(…)

Ahora bien, conforme al certificado expedido por la Fiduprevisora de **fecha 11 de noviembre de 2014, el pago de la cesantía parcial ordenado mediante la Resolución 1513 de 2010, estuvo a disposición de la demandante desde el 25 de febrero de 2011, por valor de \$4.540.763, en el Banco BBVA Colombia; el cual fue reintegrado a la entidad por no **cobro, el 30 de mayo de 2011.****

Visto lo anterior, la entidad demandada incurrió en mora frente a su obligación de efectuar el reconocimiento y pago de las cesantías parciales solicitadas por la demandante, mora que se causó durante el periodo comprendido del 12 de octubre de 2010 al 24 de febrero de 2011, es decir por 132 días (4 meses y 12 días).

Lo anterior, teniendo en cuenta que el pago efectivo se realizó el 25 de febrero de 2011, según el certificado expedido por la Fiduprevisora de fecha 11 de noviembre de 2014, no obstante, la demandante no cobró el pago de las cesantías reconocidas, por ende, no puede (sic) sancionarse a la entidad demandada por la falta de cobro de la docente frente a las mismas.

(…)”¹² (Subraya y negrilla fuera del texto original)

53. Más adelante, la alta corporación reiteró que la fecha de cesación de la mora es aquella en que los dineros respectivos quedaron a disposición del trabajador, al margen de que la transacción bancaria de retiro fuera efectuada con posterioridad:

“(…)

32. De lo anterior, se observa que el **3 de agosto de 2010** feneció el plazo para cancelar el emolumento reconocido, sin que la entidad demandada cumpliera la obligación; supuesto fáctico que también es controvertido por el señor agente del Ministerio Público en la apelación, pues manifiesta que, **contrario a lo señalado por el tribunal de instancia, ello acaeció el 2 de marzo de 2012, toda vez que el 7 de marzo de 2012 fue la fecha en que el actor realizó la transacción bancaria, pese a que los recursos ya se encontraban disponibles con anterioridad.**

33. La Subsección al analizar el comprobante de la transferencia bancaria del BBVA que obra a folio 14 del expediente, encuentra que le asiste razón

¹¹ C.E., Sec. Segunda, Sent. 2013-00156 (2159-14), jun. 15/2017. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹² C.E., Sec. Segunda, Sent. 2013-00638 (1669-15), sep. 25/2017. M.P. William Hernández Gómez.

al impugnante, pues en efecto en este documento obra como fecha de pago el **2 de marzo de 2012**, por lo que hasta el día anterior se causó la sanción moratoria. (...)”¹³ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

54. Y más recientemente, la jurisprudencia resaltó que el retiro de las cesantías no constituye el hito temporal final de la sanción moratoria:

“(…)

30. De lo expuesto, la Sala de decisión observa que de acuerdo con la fecha en que se radicó la solicitud de retiro parcial de cesantías con destino a construcción de vivienda, la sanción moratoria se causó desde a partir del 7 de febrero de 2013, esto es, al día siguiente del vencimiento de los 70 días hábiles con que contaba la administración para el reconocimiento y pago de la prestación aludida, **hasta el 30 de mayo de 2013**, día anterior en que se hizo efectivo el pago de la suma reconocida conforme a lo dispuesto por el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, **toda vez que el pago por el valor total reconocido tuvo lugar el 31 de mayo de 2013, tal como se evidencia del certificado expedido en por la Fiduprevisora, pues el hecho de que el actor haya retirado la suma correspondiente hasta el 14 de abril de 2014, no conlleva a que la penalidad se causó hasta ese momento, pues la ley establece «hasta que se haga efectivo el pago», lo cual ocurrió en el 2013.**

(…)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

55. Los pronunciamientos citados permiten colegir que el pago efectivo que da lugar a la cesación de la mora se configura cuando el Fomag pone los dineros correspondientes a disposición del beneficiario en la institución bancaria respectiva, pues este último tiene la carga de verificar su desembolso, incluso, haciendo uso de los mecanismos que ofrece la entidad para ese fin¹⁴. Por ende, el Fomag no tiene la obligación de comunicar o notificar el pago, ya que el retiro o cobro de los recursos no tiene consecuencias de cara a la sanción moratoria y tampoco revive su causación.

56. Con base en esta conclusión, el Tribunal encuentra que el banco BBVA informó lo que sigue al ser requerido para que certificara “la fecha exacta en que se efectuó el depósito o giro por parte de la Fiduciaria la Previsora del valor reconocido por concepto de cesantías parciales” a favor de la señora Sepúlveda Pérez:

¹³ C.E., Sec. Segunda, Sent. 2015-00765 (3153-17), nov. 26/2018. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁴ “(…) ¿Dónde puede consultar el pago de una prestación?

Puede conocer el estado de la prestación ingresando a la página del Fomag (www.fomag.gov.co) con su usuario y contraseña o descargando la aplicación Fomag en su dispositivo móvil en el link estado prestaciones y verificar si se encuentra en estado pagado. (...)” Ver: <https://www.fomag.gov.co/preguntas-frecuentes/>, consultado el 23 de julio de 2021.

“(…)

Se relaciona la información registrada en archivos sobre el pago solicitado en el OFICIO N° J5- 193-20/2019-00131, a favor de la señora **LUZ MERY SEPULVEDA** (sic) **PÉREZ C.C. 23.914.173**:

	1RA PROGRAMACIÓN	REPROGRAMACIÓN
FECHA-ALTA	2016-03-18	2016-06-03
TIPO IDENT	1	1
NUME IDENT	23914173	23914173
DIGI IDENT	0	0
NOMBRE BENEFICIARIOS	SEPULVEDA (sic) PEREZ (sic) LUZ	SEPULVEDA (sic) PEREZ (sic) LUZ
SUCURSAL	0914	0914
IMPORTE	0000010722216.0	0000010722216.0
FECHA-LIMITE	2016-04-18	2016-07-03
FECHA Y HORA DE PAGO	0001-01-01-01.00.00.000000	2016-06-13-15.41.11.376746
OFICINA PAGO	0000	0914
USUARIO PAGO	0000000	C548103
EST	PV	PF
ESTADO	PAGO VENCIDO	PAGO FINALIZADO

(…)” (Resaltado del texto original)

57. Lo anterior significa que el desembolso se llevó a cabo por primera vez el **18 de marzo de 2016** y los dineros estuvieron disponibles para su retiro durante un mes, pero, al no ser cobrados, se efectuó su reintegro al Fomag. Posteriormente, el **3 de junio de 2016** se produjo el desembolso por segunda vez y los dineros fueron, efectivamente retirados el **13 de junio de 2016**.

58. Así las cosas, el pago efectivo de las cesantías se configuró el 18 de marzo de 2016 en los términos del artículo 45 de la Ley 1071 de 2006, de modo que la sanción moratoria cesó de causarse el día anterior, es decir, el **17 de marzo de 2016**. Como esta fue la fecha que la sentencia apelada definió como extremo final de la mora, no hay lugar a revocar la decisión frente a este punto.

59. Cabe agregar que la prueba examinada en precedencia es idónea, clara y suficiente para demostrar la fecha de pago efectivo. Por consiguiente, no es necesario el decreto oficioso de otros elementos de convicción y mucho menos resulta pertinente la aplicación del principio de favorabilidad, pues no hay ninguna duda respecto a los extremos temporales de la mora.

60. Teniendo en cuenta que este era el único cargo de la apelación, la Sala confirmará el fallo apelado sin efectuar análisis adicionales.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

61. El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, señala¹⁵:

*“(...) **ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS.** Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal. (...)”

62. En criterio de la Sala, el nuevo inciso 2.º implica que actualmente la condena en costas solo puede imponerse cuando de forma evidente la demanda o su oposición carezcan de sustento jurídico.

63. En este caso, aun cuando se despacha desfavorablemente el recurso, no puede afirmarse que la demanda careció de fundamento legal porque, de hecho, prosperó parcialmente. Por ende, no se emitirá condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de febrero de 2021, mediante la cual el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Por secretaría, remítase copia de la presente providencia a la **ANDJE**, de conformidad con lo indicado en el inciso final del artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

CUARTO: Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al despacho de origen, previo registro en el sistema Samai.

¹⁵ La modificación legislativa es aplicable en razón a que el recurso de apelación se presentó con posterioridad al 25 de enero de 2021.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión virtual de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado electrónicamente
JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

Firmado electrónicamente
BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada

Ausente con permiso
FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado (e) Despacho No. 6

Constancia: La presente providencia fue firmada electrónicamente en la plataforma Samai por los magistrados que integran la Sala de Decisión. En consecuencia, se garantiza su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.