



Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja

Tunja, 12 de febrero de 2021

RADICACIÓN: **15001-3333-010-2019-00123-00**
DEMANDANTE: **ROMELIA GACHA BERMÚDEZ**
DEMANDADO: **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG**
MEDIO DE CONTROL: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO**

Procede el Juzgado a emitir la sentencia anticipada de primera instancia dentro del radicado de la referencia, previo los siguientes

I.- ANTECEDENTES

1.- La demanda

1.1.- Hechos

Como hechos relevantes, señaló los siguientes: (fls.3 y 4)

- a. La señora Romelia Gacha Bermúdez, solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, mediante petición del 19 de abril de 2018.
- b. Mediante la Resolución N° 005623 del 04 de julio de 2018, el FOMAG accedió al reconocimiento de sus cesantías parciales.
- c. El día 10 de septiembre de 2018, el FOMAG canceló a la señora Gacha Bermúdez, el monto de su cesantía, pese a que este debía ser realizado antes del 03 de agosto de ese año.
- d. La accionante solicitó a la entidad el reconocimiento y pago de la sanción moratoria correspondiente a 38 días de tardanza en la cancelación de sus cesantías parciales, petición que no fue resuelta por el FOMAG.

1.2.- Pretensiones

Con fundamento en los anteriores fundamentos fácticos, solicitó: (fls.1 y 2)

Como pretensiones declarativas:

1. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el 12 de diciembre de 2018, que negó el reconocimiento de la sanción moratoria respecto de la solicitud elevada por la señora Gacha Bermúdez, el 11 de septiembre de 2018.
2. Declarar que la señora Gacha Bermúdez tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, le reconozca y pague el monto correspondiente a la sanción moratoria por pago tardío de cesantías, de acuerdo a lo previsto en las Leyes 224 de 1995 y 1071 de 2006.

Como pretensiones condenatorias:

1. Condenar al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, a reconocer y pagar, en favor de la accionante, la sanción moratoria prevista en las leyes 224 de 1995 y 1071 de 2006, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías solicitadas; contados a partir de los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías.
2. Ordenar al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, dar cumplimiento al fallo proferido en el proceso de marras, dentro del término previsto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.
3. Condenar al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar, con motivo de la disminución del poder adquisitivo del monto de la sanción moratoria previamente referida, de acuerdo a la variación del índice de precios al consumidor ocurrida entre el pago de la cesantía solicitada y la ejecutoría de la sentencia que dé fin al presente proceso.
4. Condenar al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios causados desde el día siguiente de la toma de ejecutoría del fallo del caso *sub judice*, hasta la cancelación de los valores reconocidos en dicha providencia.
5. Condenar en costas al FOMAG, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

1.3.- Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se indica que se vulnera la Ley 91 de 1989, en sus artículos 5 y 15; la Ley 244 de 1995, en sus artículos 1 y 2 y la Ley 1071 de 2006, en sus artículos 4 y 5, además de la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia, pues la entidad accionada contravino lo dispuesto en dichas disposiciones, al no cancelar las cesantías de la accionante dentro del término de 70 días posterior a haber sido elevada la solicitud de reconocimiento y pago de dicha prestación social (fls.5 a 13).

2.- Contestación de la demanda (fls. 147 a 174)

El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, mediante escrito allegado vía correo electrónico (fls.45 a 70), contestó la demanda señalando, en resumen, lo siguiente:

Se opuso las pretensiones de la demanda, argumentando que la parte accionante no sustentó debidamente la existencia del acto ficto referente a la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1437 de 2011 (fl.48), lo cual impide que puedan prosperar las pretensiones declarativas correspondientes a los numerales 1º y 2º del escrito de la demanda, consecuentemente, no estarían llamadas a prosperar las pretensiones condenatorias de los numerales 1º, 2º, 4º, al depender de la prosperidad de las pretensiones declarativas (fl.49).

En relación con la pretensión correspondiente al numeral 3º del acápite de pretensiones condenatorias, señaló que la misma no procede, pues el Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, proferida en el proceso radicado bajo el número 73001 – 23– 33–000–2014–00580–01, señaló la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías.

Respecto de la pretensión condenatoria del numeral 5º, adujo que la misma no puede declararse, ya que no existe fundamento factico ni jurídico para proferir condena en costas a cargo de la entidad accionada.

Propuso como excepción previa “No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”, la cual fue resuelta desfavorablemente mediante auto de 23 de julio de 2020 (fls. 98 a 101).

Como excepciones de mérito propuso las siguientes:

a.- “El termino señalado como sanción moratoria a cargo del Fomag y de la Fiduprevisora es menor al que señala la parte demandada”

Señaló que la Secretaría de Educación de Boyacá actuó de acuerdo al procedimiento previsto en los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 del 16 de agosto del 2005, que reglamentó el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, indicando que suscribió el acto administrativo previa aprobación del ente pagador, lo cual contraviene lo dispuesto por el Consejo de Estado en la sentencia SU 00580 del 18 de julio de 2018, que dispone la obligación de atender los términos prescritos en la Ley 1071 de 2006 y no del decreto en mención, pues los mismos contrarían lo previsto en la Ley 692 de 2005, una norma de mayor jerarquía.

En consecuencia, y de acuerdo a lo previsto en la Ley 1955 de 2019, el retardo en la expedición del acto administrativo que reconoce las cesantías de la accionante y autoriza su pago, es atribuible únicamente al proceder de la Secretaría de Educación departamental.

b.- *Culpa exclusiva de un tercero aplicación Ley 1955 de 2019* (fls.57 a 60).

En este sentido señala, que el FOMAG es un patrimonio autónomo, sin personería jurídica y administrado por la entidad fiduciaria Fiduprevisora S.A, sin embargo, en vista que el acaecimiento de la mora no se derivó del accionar de la fiduciaria, con cargo a los recursos del FOMAG, esta no es responsable por perjuicios que se causaron sin que si quisiera contara con la posibilidad real de evitarlos.

c.- *Prescripción* (fls.60 a 61).

Indica, que la excepción por la cual no existe prescripción respecto de las cesantías, no es trasladable a la sanción moratoria por el pago tardío de las mismas, dado que dicha sanción es una penalización autónoma de las cesantías y no esta supeditada al pago efectivo de estas, por lo que debe aplicarse el termino de prescripción de tres años, previsto en el artículo 141 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

d.- *De la improcedencia de la indexación y/o actualización monetaria de sanción moratoria* (fls. 61 a 64):

Expresa, que, tratándose la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, de una penalidad orientada a procurar que el empleador reconozca y pague oportunamente dicha prestación, mas no de un derecho laboral, frente a la misma no corresponde mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero a la que esta equivalga, pues dichos valores no tienen el fin de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo, ni de remunerarlo.

e. - *Improcedencia de las costas* (fls. 64 a 66):

Arguye la improcedencia la condena en costas, puesto que el Juez debe considerar para decretarlas, la ausencia de buena fe en las actuaciones de la entidad que llagase a ser condenada, no obrando prueba en el expediente, que comprobase que la entidad accionada procedió de mala fe.

f.- *Condena con cargo a títulos de tesorería del Ministerio de Hacienda y crédito publico* (fls. 66 y 67):

Indica, que el párrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 dispone que, en caso de causarse una condena en contra de la entidad accionada, esta debe ser pagada con cargo a los Títulos del Tesorería del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo cual debe aplicarse en caso de que profiera una condena desfavorable a los intereses de la entidad accionada.

g.- *Excepción Genérica* (fl.67).

3.- Alegatos de conclusión

3.1.- Parte demandante (fls. 135 a 142):

La parte actora, mediante escrito de 1 diciembre de 2020, presentó escrito de alegatos, manifestando en síntesis que debe tenerse como fecha de pago de las cesantías el 10 de septiembre de 2018, fecha efectiva del retiro de las mismas, pues no obra en el expediente prueba alguna que sustente que a la accionante le fue notificado el pago de las mismas, por lo que la señora Gacha Bermúdez no tuvo conocimiento del momento exacto en que el monto correspondiente a las cesantías fue puesto a su disposición.

Por otra parte, señaló que si bien dentro del proceso se encuentra probado que la docente Gacha Bermúdez se encuentra en el régimen de cesantías anualizadas, la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y del Tribunal Administrativo de Boyacá, ha dispuesto que no es necesario verificar si el docente pertenece al régimen anualizado o al retroactivo, para el reconocimiento de la sanción moratoria a que se hace referencia en la Ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006.

Respecto a la indexación de los valores correspondientes a la sanción moratoria, sostuvo que la misma debe realizarse desde el 10 de septiembre de 2018, hasta que la sentencia del caso bajo estudio cobre ejecutoria, fecha tras la cual empezaran a causarse los intereses respectivos.

3.2.- Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls.150 a 168):

Adicional a la reiteración de los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda, señaló, en síntesis, que la atención de las solicitudes de reconocimiento y pago de cesantías deben ser tramitadas por las respectivas secretarías de educación certificadas a las que pertenezca o haya pertenecido el docente; posteriormente, estas deben expedir los actos administrativos que reconozcan dicha prestación, rigiéndose por el turno de radicación de las solicitudes de reconocimiento y la disponibilidad presupuestal existente para tal fin, lo cual indica que tras la expedición del acto administrativo que reconoce el derecho que tiene el docente al pago de sus cesantías, no resulta ineludible el pago inmediato de las mismas, pues el mismo se encuentra condicionado por el turno que ocupó su solicitud y la disponibilidad presupuestal existente, atendiendo al principio constitucional de legalidad en el gasto público.

De la misma forma, solicitó dar aplicación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, en lo tendiente a la necesidad de probar la mala fe del empleador en la tardanza del pago de las cesantías, dado que las entidades del Estado se ven regidas por ritualidades que no se pueden omitir y que pueden afectar el cumplimiento de los tiempos estipulados, sin que ello implique un proceder de mala fe (fl.151).

3.3.- Concepto del Ministerio Público (fls. 144 a 147):

Mediante memorial de fecha 16 de diciembre de 2020, el Procurador 177 Judicial I para Asuntos Administrativos delegado ante el Despacho, rindió concepto sobre el caso analizado, indicando en resumen, que del análisis del material probatorio recaudado, puede concluirse la generación de 21 días de mora, que deben ser liquidados de acuerdo al salario básico del último año de prestación de servicios, que según los antecedentes administrativos de la accionante, corresponde a la suma de tres millones novecientos cuarenta y seis mil quinientos cuarenta y ocho pesos \$ 3.946.548.

4.- Trámite

La demanda fue radicada el 4 de julio de 2019 (fl.30) y admitida por el Despacho mediante proveído del 14 de agosto de 2019 (fl.32).

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, entidad accionada, contestó la demanda de forma oportuna, como quedó sintetizado en precedencia (fls.45 a 70).

Por auto de 05 de marzo de 2020 (fl. 94) se citó a audiencia inicial, prevista para el 16 de junio de 2020, que no fue posible realizar en consecuencia a la suspensión de términos entre los días 16 de marzo y 30 de junio de 2020, ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante los acuerdos PCSJA20 – 11518 del 16 de marzo de 2020, PCSJA20 – 11521 del 19 de marzo de 2020, PCSJA20 – 11526 del 22 de marzo de 2020, PCSJA20- 11532 del 11 de abril de 2020, PCSJA20 - 11546 del 25 de abril de 2020, PCSJA20 - 11549 del 07 de mayo de 2020 y PCSJA20 -11556 del 22 de mayo de 2020 y PCSJA20 -11567 de 05 de junio de 2020 (fl.96).

Mediante el Acuerdo PCSJA20 – 11567 del 05 de junio de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se ordenó el levantamiento de la suspensión de términos judiciales a partir del 01 de julio de ese mismo año.

En consecuencia, el Despacho dispuso tramitar la resolución de las excepciones previas planteadas por la accionada, de acuerdo al Decreto Legislativo 806 de 2020, mediante proveído de 23 de julio de 2020 (fls.98 a 101).

Por auto del 27 de agosto de 2020 (fls.104 a 106), se tuvieron como pruebas la totalidad de documentos aportados con la demanda, y se decretaron algunas de las solicitadas por las partes (fls.99 y 100).

El 27 de noviembre de 2020 (fls.130 a 132) el Despacho dispuso declarar cerrado el periodo probatorio en el proceso de la referencia y correr traslado a los sujetos procesales para que presenten escrito de alegatos de conclusión, oportunidad de la que hicieron uso las partes y el agente de Ministerio Público.

Como se indicó en el proveído del 27 de agosto del año anterior, teniendo en cuenta que las pruebas deprecadas por ambas partes tienen el carácter de documentales, el sub examine se enmarca en el supuesto fijado en el numeral 1 del artículo 13 del Decreto 806 de 2020, para efectos de dictar sentencia anticipada, el cual ahora es recogido en el artículo 182A del CPACA, introducido por la Ley 2080 de 2021, en los siguientes términos:

Artículo 42. Adiciónese a la Ley 1437 de 2011 el artículo 182A, el cual será del siguiente tenor:

Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

- 1. Antes de la audiencia inicial:*
 - a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;*
 - b) Cuando no haya que practicar pruebas;*
- (...)*

Como quiera que se encuentran satisfechos los anteriores presupuestos, procede el despacho de conformidad, previas las siguientes,

II.- CONSIDERACIONES

1.- Problema jurídico

Revisada la demanda, su contestación y las pruebas considera el Juzgado que el litigio en el presente asunto se contrae a determinar si la entidad accionada está obligada a reconocer y pagar la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales a favor de la señora Romelia Gacha Bermúdez, de acuerdo con lo establecido en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, y en consecuencia, establecer si debe declararse la nulidad del acto ficto o presunto derivado de la aplicación del silencio administrativo negativo, respecto de la petición incoada el 11 de septiembre de 2018, con radicado 2018 CES 635105.

2.- Relación de las pruebas relevantes

En este acápite se relacionan las pruebas aportadas, decretadas y recaudadas en el trámite del proceso y que resultan relevantes en el *sub judice*.

Pruebas aportadas con la demanda:

- a. Copia de Resolución N° 005623 del 04 de julio de 2018, expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de la cesantía parcial para reparación o ampliación de vivienda, en favor de la docente Romelia Gacha Bermúdez (fls. 20 a 22).
- b. Copia del comprobante de pago del Banco Agrario de Colombia, de fecha 10 de septiembre de 2018, correspondiente a la cesantía parcial reconocida a la docente Romelia Gacha Bermúdez (fl.23).
- c. Copia de la solicitud de reconocimiento y pago de sanción moratoria por no pago de cesantías parciales en favor de la docente Romelia Gacha Bermúdez, radicada el 11 de septiembre de 2018 (fls. 24 a 27).

Decretadas por el Despacho

- a. Certificado de historia laboral de la docente Romelia Gacha Bermúdez, expedido por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá (fls.117 a 122).
- b. Certificado de historia laboral de los salarios devengados por la docente Romelia Gacha Bermúdez, expedido por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá (fls.123 a 124).
- c. Oficio N° 1010403 del 25 de septiembre de 2020, remitido por la Fiduprevisora S.A, mediante el cual indica que el FOMAG puso a disposición de la docente Romelia Bermúdez Gacha, el pago de cesantías parciales, el día 24 de agosto de 2018 (fl. 128).

3.- Marco jurídico y jurisprudencial aplicable

Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, en materia de cesantías para servidores públicos, y especialmente sobre la sanción moratoria como consecuencia del pago inoportuno, dispone:

“Artículo 4°. Términos. 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.

(...)

Artículo 5°. 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.”

3.1.- Unificación jurisprudencial para docentes oficiales

La Sección Segunda del Consejo de Estado¹, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), unificó jurisprudencia el 18 de julio de 2018, señalando los parámetros y marco legal sobre los cuales procede el reconocimiento de la sanción moratoria para los docentes oficiales, de los cuales cabe destacar los siguientes:

*“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.*

*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.” (Subrayado fuera de texto)*

4.- Caso concreto.

De acuerdo con el acervo probatorio del proceso, se encuentran demostrados los siguientes hechos relevantes:

a.- La accionante solicitó a la Secretaria de Educación de Boyacá, el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales, mediante escrito radicado bajo el numero 2018 CES 551609 del 19 de abril del 2018 (fl.20).

b.- En respuesta a la anterior petición, la Secretaria de Educación mencionada, en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de Resolución N° 005623 del 4 de julio de 2018, ordenó el reconocimiento de las cesantías parciales a favor de la demandante, por valor de \$28.713.202 (fls. 20 a 22).

c.- Según la constancia allegada por Fiduprevisora S.A, mediante el oficio N° 1010403 del 25 de septiembre de 2020, los dineros por concepto de pago de cesantías parciales con ocasión de la Resolución 5623 de 2018, fueron puestos a disposición de la señora Gacha Bermúdez el 24 de agosto de 2018 (fl. 128).

d.- La señora Gacha Bermúdez, mediante apoderado judicial, incoó petición el 11 de septiembre de 2018 (fls. 26 y 27), a través de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria con ocasión del pago tardío de las cesantías parciales que le fueron reconocidas mediante Resolución 5623 del 04 de julio de 2018, y que solo le fueron canceladas el 24 de agosto de 2018 (fl.128). Petición que, a la fecha de emisión de la presente sentencia, no ha sido resuelta formalmente, lo que generó un silencio administrativo negativo y a su vez un acto ficto o presunto.

Ahora bien, la sanción moratoria opera si contados setenta (70) días hábiles posteriores a la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales, estas no se han pagado, término que debe aplicarse en atención a lo dispuesto en la citada sentencia de unificación del Consejo de Estado.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Actor: JORGE LUIS OSPINA CARDONA. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.

Cabe anotar que en el presente caso se tiene en cuenta el término de 10 días para la ejecutoria del acto, como quiera que corresponde al término para la interposición de los recursos de reposición y apelación con base en los artículos 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011, atendiendo a que la petición de reconocimiento y pago de cesantías parciales fue radicada en vigencia de esta codificación procesal.

Así las cosas y contrario a lo expuesto en el libelo introductorio, la sanción moratoria se debe reconocer en el *sub lite*, desde el vencimiento del término con el cual contaba la administración para el pago, tomando como referencia la fecha de ejecutoria del acto administrativo que reconoció las cesantías parciales de la demandante, esto es, la Resolución 5623 del 04 de julio de 2018, hasta la puesta a disposición de los dineros correspondientes a favor de la accionante, es decir, el 24 de agosto de 2018, tal como quedó probado en precedencia.

Destaca el Despacho que aunque en la demanda se indicó que el pago efectivo de los dineros de las cesantías parciales reconocidos en la Resolución 5623 del 4 de julio de 2018, se realizó hasta el 10 de septiembre de 2018, y que los días en mora ascienden a 38, la Fiduprevisora certificó que estos recursos fueron puestos a disposición de la parte actora, el 24 de agosto de 2018.

En orden de lo expuesto, en el *sub examine* la mora inicio al día siguiente del vencimiento de los 70 días que tiene la administración para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, es decir, desde el 4 de agosto de 2018 al 23 de agosto de 2018, dado que la puesta a disposición de los dineros del pago total de las cesantías parciales reconocidos en la Resolución N° 5623 del 4 de julio de 2018, se produjo el 24 de agosto de 2018.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, lo cual no es óbice para que se aplique la actualización desde el momento en que se realizó el pago de las cesantías parciales y la ejecutoria de la presente sentencia, por así disponerlo en forma perentoria el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, postura adoptada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación antes citada.

La Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 26 de agosto de 2019, dentro del expediente 68001-23-33-000-2016-00406-01, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, formuló las siguientes precisiones sobre el particular:

“En virtud de lo anterior y en acatamiento del precedente de unificación, en el presente caso no procede la indexación del valor a cancelar por sanción moratoria a la demandante, en los términos solicitados en la demanda.

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “(...) sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA (...)”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) si hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sala de unificación aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día no podrá indexarse. B) Cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia-art. 187- y c) una vez ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según los dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA”.

El Despacho considera que este criterio jurisprudencial, además de ser el que más se ajusta a la sub regla plasmada en la sentencia de unificación de 18 de julio de 2018 con radicación 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), concuerda con los parámetros de justicia, dado que la docente beneficiario de la sanción moratoria no puede asumir la pérdida del poder adquisitivo del monto

reconocido por dicho concepto, derivado del transcurso del tiempo al que se vio avocado para acceder a la administración de justicia y obtener el reconocimiento de su derecho, lo cual no se habría configurado de haber obrado la administración con la celeridad y eficiencia que le era exigible.

El Tribunal Administrativo de Boyacá, ha sido del mismo criterio, al sostener lo siguiente:

De manera que, si bien la sanción moratoria que se causa día a día no es objeto de indexación; si es procedente el ajuste conforme al artículo 187 del CPACA, de aquella suma total que se consolida cuando termina la causación de la sanción moratoria, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

Por lo tanto, al haberse dispuesto en primera instancia que “el ajuste a valor de la condena eventual en los términos del artículo 187 del CPACA” dicha postura, es acorde con la interpretación dada por el Consejo de Estado frente al entendimiento que debe darse a la sentencia de unificación de 2018, no obstante, al haberse dispuesto en primera instancia que el valor de la condena sería indexado en los términos del artículo 187 del CPACA, sin haber establecido los límites de esta, se modificará el numeral tercero de la decisión, para precisar dicha circunstancia.

En tal sentido, como precedente horizontal, se advierte que, en reciente providencia de 10 de septiembre de 2020, la Sala de decisión No 3 de esta corporación, dio aplicación a dicha interpretación jurisprudencial, esto es, frente a la procedencia del ajuste del valor total generado por sanción moratoria, conforme lo dispone el art. 187 del CPACA².

5.- Resolución de excepciones

En primer lugar, en cuanto a la excepción de “*Culpa exclusiva de un tercero aplicación Ley 1955 de 2019*” (fls.57 a 60), debe recordarse que la Ley 91 de 1989 atribuyó al FOMAG precisas competencias en materia de reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a favor de los docentes oficiales, de modo que no es de recibo el medio exceptivo propuesto, dado que efectivamente le corresponde a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, que se ordenará en este fallo.

Respecto la llamada “*El termino señalado como sanción moratoria a cargo del Fomag y de la Fiduprevisora es menor al que señala la parte demandada*” (fls.55 a 57), cuyo fundamento es la aplicación de la Ley 1955 de 2019, es menester destacar, que no procede su aplicación en el sub *examine*, en consideración a que el periodo de mora inicio y finalizó antes de su entrada en vigencia.

5En ese orden de ideas, como quiera que la norma mencionada no alude a efectos retroactivos, no hay razón para acceder a la excepción en mención, como tampoco a la denominada “*Culpa exclusiva de un tercero aplicación Ley 1955 de 2019*” (fls.57 a 60), pues, como lo indica su título, se encuentra sustentada en la aplicación de esa misma norma.

En lo concerniente a la denominada “*De la improcedencia de la indexación y/o actualización monetaria de sanción moratoria*” se insiste en que la sentencia de unificación invocada establece que no puede indexarse la sanción moratoria a valor presente, lo que no comprende la inaplicación del artículo 187 del CPACA, es decir, la actualización entre la fecha en que se realizó el pago de las cesantías parciales y la ejecutoria de la presente sentencia³.

Respecto de la titulada “*Improcedencia de las costas*” dicho tópico será abordado en el acápite de la sentencia concerniente a la condena en costas.

De otra parte, el Juzgado no se pronunciará respecto al pago de la condena con cargo a títulos de tesorería, como lo solicita la parte accionada, dado que ello concierne al mecanismo administrativo de pago, asunto que es del resorte exclusivo de la entidad demandada.

² Tribunal Administrativo de Boyacá, sentencia del 23 de septiembre de 2020. Rad. 150013333-006-2017-00143-01. M.P. Oscar Alfonso Granados Naranjo.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), C.P. Sandra Lisset Ibarra: “*En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado 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.*”

6.- De la prescripción

La Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 25 de agosto de 2016 (0528-14), con ponencia del magistrado Luis Rafael Vergara Quintero²: *“si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción”*.

En el caso de marras, la obligación se hizo exigible desde **el 4 de agosto de 2018**, fecha en que inicia la mora de la administración para el pago de las cesantías parciales; la petición de reconocimiento de sanción moratoria fue radicada el día 11 de septiembre de 2018 (fls. 25 a 27) y la demanda fue presentada el día 4 de julio de 2019 (fl.30), por lo que la presentación de la petición interrumpe la prescripción trienal y, además, no transcurrieron tres (3) años entre la presentación de la petición y la interposición de la demanda, por lo que se concluye que no opera el fenómeno de la prescripción.

7.- Conclusiones

En orden de lo anterior, se declarará la nulidad del acto ficto presunto generado por la falta de respuesta a la petición presentada el 11 de septiembre de 2018, con radicado 2018 CES 635105, por el cual la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio negó la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria a favor de la señora Romelia Gacha Bermúdez por el pago tardío de las cesantías reconocidas mediante Resolución 005623 de 4 de julio de 2018.

A título de restablecimiento del derecho, condenará a la entidad accionada reconocer, liquidar y pagar la sanción moratoria de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, modificado por el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, a razón de un día de salario por cada día de mora, **desde el 4 al 23 de agosto de 2018**, la cual se liquidará con base en el salario devengado por la accionante para el año de 2018, fecha de causación de la mora

Las sumas resultantes, no obstante, deberán indexarse en los términos del Art. 187 del CPACA, desde la fecha en que se produce el pago de las cesantías parciales, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma dejada de percibir por la accionante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta Sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

7.- COSTAS PROCESALES.

No se condenará en costas en este asunto, atendiendo lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P⁴., que dispone que en *caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando fundamentos de su decisión.*”

En el presente caso, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, por cuanto, aunque se concede la sanción moratoria, no se accede en el periodo deprecado, teniendo en cuenta que conforme con la demanda, el periodo de mora abarca el lapso entre el **3 agosto de 2018 al 10 de septiembre de 2018** (fl. 4); no obstante, el periodo de mora de acuerdo con la ley y las pruebas del proceso, corresponde al comprendido entre **el 4 de agosto de 2018 al 23 de agosto de 2018**.

⁴ Norma que resulta aplicable a los asuntos contenciosos administrativos por expresa remisión del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

En orden de lo anterior, resulta razonado sostener que el triunfo de la demandante solo es parcial, luego para conservar la equidad de las cargas procesales, el Juzgado no impondrá costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto ficto o presunto generado por la falta de respuesta a la petición presentada el 11 de septiembre de 2018, con radicado 2018 CES 635105, por el cual la **Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** negó la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria a favor de la señora **Romelia Gacha Bermúdez**, por el pago tardío de las cesantías reconocidas mediante Resolución 005623 de 4 de julio de 2018

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a reconocer, liquidar y pagar a la señora **ROMELIA GACHA BERMÚDEZ**, identificada con C.C. No. 23.423.491, la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías parciales, a razón de un día de salario por cada día de mora, **desde el 4 de agosto de 2018 al 23 de agosto de 2018**, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia. Para ello se tendrá como base el salario devengado por la demandante en el 2018, año en el que se produjo la mora.

TERCERO: La entidad deberá dar aplicación al reajuste de valores dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., a efectos de que se pague con su valor actualizado, para lo cual deberá aplicar la fórmula indicada en la parte motiva de esta sentencia, desde el día 24 de agosto de 2018, fecha en que cesó la mora, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: La sentencia se cumplirá en los términos del artículo 192 y concordantes del C.P.A.C.A. y devengará intereses moratorios conforme al inciso 3 de esta disposición. Para lo anterior, se dispone remitir las comunicaciones correspondientes, de conformidad con lo previsto en los incisos finales de los artículos 192 y 203 de la Ley 1437 de 2011.

QUINTO: NO CONDENAR en costas por lo expuesto.

SEXTO: En firme esta decisión, por Secretaría, **REALIZAR** las gestiones necesarias para disponer el archivo del presente proceso, dejando las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Firmado Por:

**JAVIER LEONARDO LOPEZ HIGUERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 010 ADMINISTRATIVO DE TUNJA**

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

Código de verificación:

23159b2e8f2b28f54c98b5bbeb3b62714a935650db80082688cd450ed2a82d17

Documento generado en 12/02/2021 04:14:37 PM

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