



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, diecisiete (17) de junio del año dos mil veintidós (2022)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicación N°: 15759333300220210001600
Demandante: Rocío del Pilar Preciado Casallas
Demandado: Nación - Ministerio de Educación - FOMAG

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho¹ decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, mediante sentencia en primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA la señora ROCIO DEL PILAR PRECIADO CASALLAS solicita que se declare la nulidad del acto ficto producto de la presunta omisión en contestar la petición radicada el 28 de mayo de 2020 ante la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del presunto pago tardío de sus cesantías parciales.

Como consecuencia, solicita que se condene a la demandada al reconocimiento y pago indexado de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía parcial reconocida en la cantidad de **264** días de retardo, se paguen intereses de mora, como señala los artículos 187 y 192 del CPACA y se condene en costas y agencias en derecho (fls. 2-3; Arch.002).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos (fls. 3-5; Arch.002) que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente forma:

Señala la demanda que por medio de la petición radicada el 11 de octubre 2018 la señora ROCIO DEL PILAR PRECIADO CASALLAS solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales, petición que fue resuelta por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá por medio de la Resolución N° 9590 del 13 de noviembre de 2018, aclarada mediante Resolución N° 8194 del 8 de octubre de 2019.

Agrega que el pago se efectuó el 16 de octubre de 2019, sin que medie notificación alguna por parte de la Entidad accionada o de la Entidad bancaria e indica que mediante escrito radicado el 28 de mayo de 2020, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, petición que no fue resuelta por el FOMAG.

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

De orden Legal: Ley 91 de 1989 Art. 5 y 15; Ley 244 de 1995 Arts. 1 y 2; Ley 1071 de 2006 Art. 4 y 5.

Manifiesta que la Nación-Ministerio de Educación menoscaba los derechos de los docentes al demorar el reconocimiento y pago de las cesantías a las cuales tienen derecho sin que medie justificación alguna.

Indica que para conjurar lo anterior se expidieron las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por medio de las cuales se estableció un término perentorio para lograr la cancelación oportuna de dichos emolumentos, normativa que ha sido desatendida por la entidad enjuiciada.

Explica que la entidad excedió el término legal para el pago de las cesantías parciales de la demandante, por lo cual es procedente el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Para fundamentar su postura cita las sentencias del Consejo de Estado del 8 de Abril de 2008 radicación N° 73001-23-31-000-2004-01302-02 (1872-07), del 28 de Enero de 2010 radicado N° 2266-08 ambas con ponencia de Gerardo Arenas Monsalve; del 30 Julio de 2009 radicación N° 73012331000200100006-01 ponencia de Víctor Hernando Alvarado Ardila; sentencia de unificación del 27 de Marzo de 2007 radicado interno N° 2777-2007 CP: Jesús María Lemos Bustamante y del 2 de Octubre de 2008 radicado N° 1998-760 CP Bertha Lucia Ramírez de Páez.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Nación- Ministerio de Educación Nacional – FOMAG** contestó la demanda por (*Arch 012*) intermedio de Fiduprevisora en calidad de vocera, indicando que dentro de las competencias atribuidas por el Decreto 2831 de 2005, se encuentra la atención a las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales del Magisterio, que se realiza a través de las Secretarías de Educación certificadas a cuya planta de docentes pertenezca o haya pertenecido el docente, y quienes al momento de expedir los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas, deben atender al turno de radicación de las solicitudes de pago y a la disponibilidad presupuestal, lo que implica que el pago no es inmediato.

Señala que la Resolución 009590 del 13 de noviembre de 2018 fue expedida por la Secretaría de Educación con posterioridad al término previsto para la radicación y entrega de la solicitud de pago de cesantías, por lo cual, será dicho ente territorial el responsable por los días de tardanza presentados en la expedición del acto.

Por otro lado indica que los recursos se pusieron a disposición el 18 de febrero de 2019 y además se pagó sanción moratoria correspondiente a 24 días y que en todo caso dicha sanción no está sujeta a indexación alguna al no compensar ninguna contingencia relacionada con la relación laboral.

Propuso además de la genérica, las excepciones denominadas

- *Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*
- *Detrimento patrimonial al estado*
- *Buena Fé*

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda de la referencia fue radicada en la Oficina de reparto el 11 de febrero de 2021 (*Arch.001*), la cual fue inadmitida el 22 de febrero hogaño (*archivo 004*) y subsanadas la falencias, a través de proveído del 23 de marzo de 2021 fue admitida (*Arch.007*).

Por auto del 2 de noviembre de 2021 (*Archivo 016*) se advierte que el asunto objeto de la litis, es de puro derecho y no se hace necesaria la práctica de pruebas, razón por la cual conforme al numeral 1° del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, es viable dictar sentencia anticipada, por lo que se abstiene de fijar fecha para realizar audiencia inicial y ordena correr traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión, y el Ministerio Público emita concepto.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante** presenta alegatos de conclusión (*Archivo 19*), dentro del término establecido, en los que ratifica los argumentos de la demanda y expone que en el expediente obran pruebas suficientes para demostrar la fecha de pago y así se puede comprobar en la constancia del Banco BBVA allegada, y que no obra en el expediente, prueba tan siquiera sumaria de que la docente Rocío del Pilar Preciado Casallas, fue notificado del pago y dado esto tuviera conocimiento del momento exacto en qué se le puso a disposición las cesantías, por ende, no puede tenerse en cuenta la fecha de disposición de las mismas como cese de la mora, sino que se debe tomar la fecha efectiva de retiro, teniendo en cuenta que dentro del expediente es la única fecha de la cual se tiene certeza que cesó la mora.

Señala que la mora en el pago de las cesantías debe contabilizarse desde la fecha oportuna de pago, siendo el 25 de enero de 2019, y la fecha efectiva de retiro, siendo el día 16 de octubre de 2018, lo que constituiría 264 días de mora.

En cuanto a la indexación de la sanción la considera procedente desde la fecha en la cual se pagó la prestación extemporáneamente y hasta la fecha en que quede efectivamente ejecutoriada la sentencia, fecha después de la cual se causarían los intereses respectivos, fundamentando su postura en las sentencias del Consejo de Estado: Sección Segunda, Subsección "A", de fecha 26 de agosto de 2019, radicado 68001-23-33-000-2016-00406-01, mediante la cual se fijaron los alcances de la SUJ-SII-012-2018 de 18 de Julio de 2018 y sentencia de fallo de tutela del 06 de febrero de 2020, radicado 11001031500020190518200, MP: Carlos Enrique Moreno Rubio, Tribunal Administrativo de Boyacá sentencia del 10 de septiembre de 2020, radicado 15238-33-33-001-2019-00027-01, M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

Ratifica su solicitud de que se resuelvan favorablemente las súplicas de la demanda.

Por su parte la entidad demandada **Nación-Ministerio de Educación-FOMAG** por intermedio de apoderada, presenta alegaciones finales (*Archivo 20*), manifestando que logró constatar que la docente ROCIO DEL PILAR PRECIADO CASALLAS radicó la solicitud de sus cesantías el día 11 de octubre de 2018, las cuales fueron reconocidas por medio de la resolución 9590 del 13 de noviembre de 2018.

En ese orden de ideas, a partir del día siguiente al plazo final de pago, esto es, el día 25 de enero de 2019 y hasta el día anterior en la cual el dinero fue puesto a disposición de la demandante, es decir, para el día 17 de febrero de 2019, se configuran 23 días de mora.

Indica que en casos como el que nos ocupa debe tener en cuenta la fecha en que se pusieron a disposición los dineros y no cuando se efectuó el cobro, pues de ser así se trataría del cobro de una mora indefinida en el tiempo, pago que en el caso de la accionante se realizó el 18 de febrero de 2019.

Precisa que realizada la consulta en el aplicativo correspondiente, se evidencia que la mora generada por el pago tardío de cesantías de la Resolución 9590 dl 13 de noviembre de 2018, fue realizado el 18 de septiembre de 2020 conforme a pantallazos que pone de presente en el escrito allegado.

Finalmente solicita negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

El **Ministerio Público** rindió concepto (*Archivo 18*), indicando que las Altas Cortes en sentencias de unificación respecto del asunto objeto de litigio se han pronunciado de la siguiente manera:

Inicialmente en cuanto a la aplicación de las normas que regulan la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías (Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006) al régimen de los docentes oficiales, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia SU 336 de 2017, señaló que el régimen contenido en la ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006 sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías a los servidores públicos es aplicable a los docentes oficiales.

Por su parte la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de fecha 18 de julio de 2018, expediente 73001233300020140058001, profirió sentencia de unificación jurisprudencial sobre la aplicación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías de que trata la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial.

Agrega que se encuentra acreditado que la demandante ROCIO DEL PILAR PRECIADO CASALLAS, ha laborado como docente al servicio de la educación pública, de conformidad con los documentos que obran en el expediente; igualmente se demostró que mediante derecho de petición radicado bajo el número 2016-CES—6502687 el 11 de octubre de 2018, solicitó el pago de cesantías parciales para compra de vivienda, solicitud a la que se le ofreció respuesta a través de Resolución No. 9590 del 13 de noviembre de 2018, administrativo que fue aclarado con Resolución No. 008194 de 08 de octubre de 2019. Ahora bien, reposa en el proceso recibo de pago de las aludidas cesantías emitido por el Banco BBVA.

Considera que no obra en el expediente certificación de la fecha en la cual fueron puestos a disposición de la demandante los dineros por concepto de las cesantías parciales materia de las presente diligencias, por tanto, se solicita que la sanción por mora (si hay lugar a reconocerla) se conceda hasta que los dineros por concepto de cesantías parciales fueron puestos a disposición de la parte accionante o en su defecto se tenga como fecha de puesta a disposición el 18 de septiembre de 2018, fecha que obra en el recibo del BBVA.

Precisa que tal y como lo señalaron, tanto la accionante en el escrito de demanda, como la entidad accionada en la contestación en este caso existe un pago de sanción mora por valor de \$3.235.430, por tanto dicha suma debe ser descontada del valor de la condena.

Continúa indicando que en el caso bajo análisis, no operó el fenómeno prescriptivo trienal del derecho que regula el artículo 151 del Código de Procedimiento laboral,

toda vez que la sanción moratoria comenzó a causarse el 26 de enero de 2019, en tanto que la petición en sede administrativa del reconocimiento y pago de esta indemnización se radicó el 28 de mayo de 2020 y la demanda se presentó en el año 2021.

Concluye que las pretensiones de la demanda deben ser despachadas favorablemente de forma parcial, teniendo en cuenta que le asiste el derecho a la demandante al reconocimiento de la SANCIÓN MORATORIA, teniendo presente que el periodo a reconocer es el comprendido entre el 26 de enero de 2019, día siguiente al que se vencía el plazo para pagar en oportunidad de las cesantías, hasta la fecha en que se pusieron a disposición efectivamente los dineros por concepto de cesantías parciales reconocidas mediante Resolución No. 009590 del 13 de noviembre de 2018; esto es 18 de septiembre de 2019 según se dejó anotado en la observación del recibo de pago emitido por el BBVA. No obstante, lo anterior, tal y como lo señalaron, tanto la accionante en el escrito de demanda, como la entidad accionada en la contestación en este caso existe un pago de sanción moratoria por valor de \$3.235.430, por tanto, dicha suma debe ser descontada del valor de la condena.

Así mismo indica que dicha sanción deberá ser calculada conforme a la asignación básica al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo, de conformidad con lo expuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado, Sección Segunda de fecha 18 de julio de 2018 citada con anterioridad y de igual manera pone de presente que lo que no procede es lo referente a la indexación de la sanción moratoria.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la señora ROCIO DEL PILAR PRECIADO CASALLAS, tiene derecho al pago indexado de la sanción moratoria estimada en la demanda en la cantidad de **264** días de mora, por la presunta tardanza e incumplimiento de los términos señalados en la Ley 1072 de 2006 dentro del trámite administrativo de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías.

9. MARCO NORMATIVO

Sanción moratoria

El artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 “*por 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, estableció:

(...) 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.

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 (...)

En concordancia con la norma transcrita, el artículo 5 *ídem*, reguló la sanción moratoria en los siguientes términos:

“(...) 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 (...)”

De lo anterior, se evidencia que el legislador le dio un término a la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, por ende, debe estudiarse cada caso en concreto, pues se debe analizar si se expidió el acto administrativo dentro del término legal, si fue expedido fuera de él, o si por el contrario no se expidió, ya que es de vital importancia establecer el momento en que se deben empezar a contabilizar los 45 días que señala la norma, para realizar el pago efectivo de la prestación.

Sanción moratoria de Docentes

Respecto de la aplicación de la sanción moratoria en el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales de los docentes, el H. Tribunal Administrativo de Boyacá en Sentencia del 11 de septiembre del 2018², señaló:

“Por virtud de la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, del Consejo de Estado, es claro que los docentes son catalogados como empleados públicos y en esa medida son beneficiarios de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, a pesar de tener una norma especial relacionada con el trámite de solicitudes de prestaciones sociales para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues por virtud de la jerarquía normativa respecto de las norma dictadas por el Congreso de la República, en aplicación del mandato constitucional, como es el caso de la Ley 1071 de 2006 frente a las expedidas por el Presidente de la República en atención a la potestad reglamentaria, como sucedió con el Decreto 2831 de 2005, las primeras prevalecen sobre las segundas.”

Entonces los docentes son directos beneficiarios del pago de la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías, dada su calidad de empleados públicos según se determinó en la sentencia de unificación del 18 de Julio de 2018 citada.

Pronunciamiento tardío de la administración

El legislador contempló la sanción por mora, en el evento en que el empleador realizara el pago de las cesantías más allá del término legal³. Al respecto, en sentencia de unificación del 18 de Julio de 2018, el Consejo de Estado, Sección

² Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia del 11 de septiembre del 2018 proceso 150013333005-2015-00187-02, MP José Ascensión Fernández Osorio

³Ley 244 de 1995 “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” -subrogada por la Ley 1071 de 2006- regula en el art. 2³ la sanción por mora, la cual se complementa con el artículo 1³ que establece el término para el reconocimiento de las cesantías.

Segunda, expediente No 73001-23-33-000-2014-00580-01 hace referencia a la naturaleza de la sanción moratoria en los siguientes términos:

*“De este modo, la jurisprudencia del Consejo de Estado igualmente ha caracterizado la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías como una **multa** a favor del trabajador y en contra del empleador estatuida con el objeto de reparar los daños causados al primero por el incumplimiento en el plazo para el pago, en los siguientes términos:*

*«La indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, como ya se anunció, **es una multa a cargo del empleador** y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la citada Ley.¹⁷²»*

Visto lo anterior, es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.”

A su vez la referida sentencia establece las reglas unificadoras de interpretación respecto de la exigibilidad de la sanción moratoria ante la respuesta tardía de la entidad e indicó:

*“(…) De conformidad con la exposición de las normas que contemplan el plazo para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas, y pese a que el parágrafo del artículo 5º, previó la sanción respecto del incumplimiento en el **pago**, más no en el reconocimiento de la prestación social, de acuerdo con la teleología del legislador, se establece que precisamente una de las razones por las cuales se contempló la penalidad fue en aras de establecer una limitación al defectuoso funcionamiento de la administración pública que debido a los procesos burocráticos y la corrupción posibilitaba cambiar el orden de radicación de las peticiones encaminadas al reconocimiento de la prestación social, aprovechándose de la urgencia del empleado para proveer sus necesidades básicas y de su familia⁴, o simplemente no emitiría el acto administrativo con el fin de que el plazo para la cancelación del valor no iniciase, y por ende, se condicionaría la norma a la actuación de la entidad pública empleadora.(…)*

(…) En criterio de la Sala, éste debe ser el real entendimiento de la sanción moratoria por no expedir el acto de reconocimiento en término, pues lo contrario sería asumir que la simple inacción de la administración impediría la causación de la penalidad analizada en esta sentencia, en detrimento de la filosofía de la cesantía y de los derechos del trabajador.

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

i) *En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida **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. (Negrilla del Despacho)*

En este punto se debe aclarar, que los 10 días establecidos para la ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento de cesantías, obedece a aquellos casos en que la petición es radicada bajo la vigencia del CPACA como dispone su artículo

⁴ Gaceta del Congreso. Proyecto de Ley 38 de 1995. Senado de la República de Colombia

76, el cual inicio a regir el día 2 de Julio de 2012 según su artículo 308, en caso que hubiere sido radicada antes, se contabilizan 5 días de ejecutoria según lo señalado en el artículo 51 del CCA, para un total de 65 días.

Así mismo la precitada sentencia de unificación precisa que el salario base para calcular el monto de la sanción por el no pago oportuno de las cesantías definitivas, estará constituida por la asignación devengada para la fecha de finalización de la relación laboral o el vínculo contractual, por ser la fecha en que se hace exigible tal prestación social.

De la interpretación del Art. 15 de la Ley 91 de 1989 en la sentencia de unificación en cita se colige que los docentes nacionales vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la norma vigente, es decir, el régimen de retroactividad, salvo que expresamente se acojan al régimen anualizado; y que a los docentes nacionales y a los vinculados después del 1° de enero de 1990, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, esto es el régimen anualizado de cesantías.

10. CASO CONCRETO

En este caso se encuentra probado que la docente ROCIO DEL PILAR PRECIADO CASALLAS el 11 de octubre de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, como enuncia la parte considerativa del acto administrativo de reconocimiento contenido en la Resolución N° 9590 del 13 de noviembre de 2018 proferido por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá (*fl. 23 Arch.002*), excediendo el término previsto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 que dispone que dicho acto deberá expedirse dentro de los 15 días siguientes a la radicación de la solicitud, los cuales vencieron el **2 de noviembre de 2018**.

De otra parte, conforme a la sentencia de unificación que se refirió con anterioridad, el acto administrativo por medio de la cual se decide sobre las cesantías parciales o definitivas tiene un término de ejecutoria de 10 días los cuales en el presente caso culminaron el **20 de noviembre de 2018**.

Ejecutoriado el acto que reconoce el auxilio de cesantía solicitada, a partir del día siguiente inició el conteo del término de 45 días hábiles para realizar el pago como establece el artículo 5 de la ley 1071 de 2006, por lo que el plazo expiró el día **25 de enero de 2019**, caso en el cual desde el día siguiente se empieza a causar y se hace exigible la sanción moratoria derivada del retardo en el pago de la prestación referida en favor de la docente y hasta el día anterior al pago.

El comprobante de pago del Banco BBVA (*fl. 28, Arch. 002*) registra en la observación 2, que la fecha en la cual se reprogramaron los recursos provenientes del reconocimiento de sus cesantías parciales fue el **18 de septiembre de 2019**, fecha que se toma como límite para calcular la sanción moratoria y no la fecha en que la beneficiaria hace el cobro efectivo el 16 de octubre de 2019, como se pide en la demanda, por cuanto en un sistema jurídico de doble vía, ese lapsus de tiempo no es imputable a la administración, sino que recae en la libre discreción del ciudadano y destinatario del derecho.

Valga resaltar que demandada en su contestación de demanda y en los alegatos finales señala que los recursos de cesantías fueron puestos a disposición de la demandante el día 18 de febrero de 2019, sin embargo no allega prueba alguna de esa afirmación y por otro lado, el mencionado comprobante determina que existió una reprogramación del pago de las cesantías, sin embargo no obra prueba que

determine que ocurrió en ese interregno, dado que resalta que el administrativo de reconocimiento fue aclarado con Resolución No. 008194 de 08 de octubre de 2019 (*archivo 02, fl.27*), previa solicitud de la interesada presentada el 27 de septiembre de 2019, aclaración que deviene de un error en las letras que describen el valor de veintiún millones a pagar por concepto de cesantías, mientras que en números se citan 20.0 millones de pesos, siendo esta última cifra la que correcta, por lo que es claro que el yerro es atribuible a la entidad demandada, por lo que la demora en corregir y pagar, también le es atribuible.

En suma, la parte demandada no cumplió con la carga procesal de aportar una prueba que acreditara una fecha anterior de la puesta a disposición del dinero por concepto de cesantías a favor de la demandante y en esa medida el Despacho tomará como extremo temporal final en que cesa la mora, el día 18 de septiembre de 2019, la que se encuentra debidamente acreditada.

Entonces conforme con el marco jurídico en cita, desde el día **26 de enero de 2019** y hasta el **17 de septiembre de 2019**, transcurrieron **235 días** calendario corresponden al tiempo que la entidad demandada se tardó en realizar el pago de la prestación solicitada por la demandante, tiempo que se cuenta en días corridos y no en días hábiles porque no es un término legal o judicial, sino la tasación de una sanción, en consecuencia se ordenara el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío del auxilio de cesantía a razón de un día de salario por cada día de retardo.

En cuanto a la asignación para liquidar la sanción moratoria, será la asignación básica diaria devengada por la demandante para el momento en que se causó la mora por el no pago del auxilio, es decir la devengada en el año **2019**.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, se colige que el acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo producto de la falta de atención de la petición radicada el 11 de octubre de 2018, ante la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá por medio de la cual se resolvió en forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales de la señora ROCIO DEL PILAR PRECIADO CASALLAS se encuentra viciado de ilegalidad, en consecuencia se reconoce su existencia y a la vez se declara nulidad; a título de restablecimiento del derecho se condenará a la demandada al reconocimiento y pago del derecho pretendido, estimando la mora en **235 días**.

En la liquidación que se realice, se itera que además de tomar el salario devengado por la demandante en el año 2019, debe descontar el pago parcial realizado el 19 de octubre de 2020 por concepto de sanción moratoria por valor de \$3.235.430 (*fls. 5 y 34; Arch. 002 y fl. 8 Arch 012*)

11. DE LAS EXCEPCIONES

Recordemos que en la contestación de demanda, además de los argumentos defensivos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, propuso en primer lugar la excepción de mérito que denominó *Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*, sin embargo no tiene carácter de prosperidad conforme a lo probado en el proceso, en la medida que si bien se acredita un pago parcial de la sanción moratoria, está se torna insuficiente frente a los extremos temporales contabilizados de tardanza, ante los cuales que la entidad accionada, no arrimó prueba alguna que la justifique.

En segundo lugar propone como excepción, la que denomina *Detrimento patrimonial al estado*, argumento que el Despacho estima como válido en sentido que la tardanza de la administración en pagar las cesantías, en efecto genera un gasto con cargo al presupuesto público derivado de la condena sancionatoria, sin embargo, la excepción no tiene la virtud de atacar las pretensiones de la demanda, en la medida que debe reconocerse el derecho a la demandante.

De contera, en cuanto a la *buena fe* alegada, considera el Despacho que mas que una excepción es un principio constitucional (art. 83 CP) al cual deben ceñirse las autoridades públicas, sin embargo, en este proceso no se está controvirtiendo, razón por la cual se desestima.

El Despacho resolverá de oficio la excepción de *prescripción* indicando que no se configura por cuanto la sanción moratoria inició a causarse desde el 26 de enero de 2019 y la reclamación administrativa del derecho tuvo lugar el 28 de mayo de 2020, se colige que en ese interregno no transcurrieron más de los 3 años de que trata artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

12. INDEXACIÓN E INTERESES DE MORA

En lo referente a la indexación de las sumas reconocidas por concepto de sanción moratoria, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, Sección Segunda, expediente No 73001-23-33-000-2014-00580-01, señala la regla jurisprudencia de improcedencia de la indexación en los siguientes términos:

“(...) Las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.

*Adicionalmente, otro argumento que permite descartar la posibilidad de indexar la sanción moratoria, se encuentra en el régimen anualizado previsto en la Ley 50 de 1990 cuando concurren diversas anualidades de mora, en cuyo caso, según el criterio de la jurisprudencia la base para calcularla será el correspondiente al de la ocurrencia del retardo, en donde **el salario** como retribución por los servicios prestados por el trabajador necesariamente y por definición viene reajustada cada año con los índices de precios al consumidor o en su defecto, con el aumento que disponga el ejecutivo, si se trata de relaciones legales y reglamentarias.*

...”Por ello, 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.”

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

Por consiguiente, 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 y por ende no se accede a esta pretensión

De contera teniendo en cuenta que esta sentencia es constitutiva del derecho reclamado, por lo tanto, antes de la misma a la entidad demandada no le asiste el deber de cumplir con la obligación que se impone, razón por la cual no se generan intereses de mora, salvo que se superen los términos señalados en el artículo 192 del CAPACA una vez se encuentre ejecutoriada la presente providencia, por lo tanto, no se accede a la pretensión de reconocimiento de intereses de mora.

13. CONDENA EN COSTAS

Teniendo en cuenta que las pretensiones prosperan de forma parcial, el Despacho no impondrá condena en costas de conformidad con el numeral 5 del Art. 365 del CGP, suerte que siguen también las agencias en derecho, pues si bien se declara la nulidad del acto ficto demandado y se ordena el restablecimiento del derecho mediante una condena, no se ordena con el alcance y contenido solicitado en la demanda y además no se accede a la indexación de la sanción, ni se reconocen intereses de mora.

14. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, *administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley*,

FALLA:

Primero.- Declarar no fundadas las excepciones de *Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*, ni la de *Detrimento patrimonial al estado y buena fe*, propuestas por pasiva, ni la de *prescripción* analizada de oficio.

Segundo.- Declarar la nulidad del acto ficto o presunto derivado de la falta de atención a la petición radicada el 28 de mayo de 2020, por la señora ROCIO DEL PILAR PRECIADO CASALLAS en la cual solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío del auxilio de las cesantías parciales y a su vez se declara su nulidad.

Segundo.- A título de restablecimiento del derecho, **condenar** a la Nación-Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG a reconocer, liquidar y pagar en favor de la señora ROCIO DEL PILAR PRECIADO CASALLAS, identificada con C.C. No. 46.368.739 de Sogamoso, la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 por pago tardío del auxilio de cesantía parcial reconocida en su favor mediante Resolución N° 9590 del 13 de noviembre de 2018, a razón de un día del salario devengado por la demandante en el año **2019**, por cada día de retardo, durante el intervalo de tiempo entre el 26 de enero de 2019 al 17 de septiembre de 2019, total **235 días** de sanción, de cuya liquidación, se debe descontar el pago parcial efectuado a la demandante por ese mismo concepto por valor de \$3.235.430, realizado el 19 de octubre de 2020.

Tercero.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

Cuarto.- Sin condena en costas en esta instancia.

Quinto.- La entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia dentro de los términos y previsiones del artículo 192 del CPACA.

Sexto.- Ejecutoriada esta providencia, devolver a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello y archívese el expediente dejando las anotaciones de rigor.

AREL

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Nelson Javier Lemus Cardozo
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
002
Sogamoso - Boyaca

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: **0d02aa334554dd08965cb8ffbab7631bfc692f645b682c95685343b513b602a1**

Documento generado en 17/06/2022 11:45:46 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>