



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

Sogamoso, junio cuatro (04) de dos mil veinte (2020)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicación: 15759-33-33-002-2019-00064-00
Demandante: Graciela de la Concepción Cruz Páez
Demandado: Nación-Min. 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 estipulado en el artículo 138 del CPACA, la señora GRACIELA DE LA CONCEPCION CUERVO PAEZ solicita que se declare la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo, producto de la omisión en contestar la petición radicada el 03 de abril de 2018 Rad. 2018-ER-072296, a través de la página web del Ministerio de Educación Nacional, en el cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantías parciales reconocidas por medio de la Resolución N° 000812 del 26 de Enero de 2015.

Como consecuencia, solicita que se condene a la demandada al reconocimiento, liquidación y pago indexado de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía parcial reconocida, se paguen intereses de mora, como señala los artículos 187 y 192 del CPACA y se condene en costas y agencias en derecho (fl.3).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos (fl.3-4) que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente forma:

Señala la demanda que el 13 de Noviembre de 2014 bajo el número 2014-CES - 43650 la señora Graciela de la Concepción Cuervo Páez solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales, las cuales fueron reconocidas mediante Resolución N° 00812 el 26 de Enero de 2015, por parte de la Nación Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaria de Educación de Boyacá.

Afirma que en la solicitud indicó expresamente que la suma reconocida debía ser pagada en la Sucursal Sogamoso del Banco Agrario de Colombia, no obstante fueron enviadas al Banco BBVA de Sogamoso, sin que se le hubiera informado, por lo que transcurrido un plazo, fueron devueltas a la Fiduprevisora S.A.

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).

Señala que solicito reprogramación para el pago de las mismas, el 4 de agosto de 2015 mediante radicado No. 22015PQR 34719 ante la Secretaría de Educación de Boyacá, dependencia que a su vez remite la petición a la Fiduprevisora S.A. con oficio consecutivo 008414 del 18 de agosto de 2015, sin recibir respuesta alguna.

Agrega que nuevamente solicitó reprogramación en dos oportunidades más: el 1 de octubre de 2015 por comunicación 018000919015 radicado 20150880463362 y 20150880560072 y la otra el 18 de diciembre de 2015 radicado 20150322088102, ante la Fiduprevisora S.A. sin obtener respuesta.

Por lo anterior, dice que debió instaurar acción de tutela la cual fue conocida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Sogamoso Radicación No. 2016-00086, el cual emitió fallo de fecha 20 de abril de 2016 accediendo a las pretensiones y ordenada que un término de 48 horas le diera respuesta de fondo a su petición.

Finalmente por comunicación de 3 de junio de 2016, Fiduprevisora S.A, le informó que podía reclamar sus cesantías a partir del 16 de junio de 2016 en el banco Agrario de Sogamoso, la cual se realizó el 21 de junio de 2016.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

De orden constitucional: Preámbulo, artículo 2, 6, 25,53,

De orden Legal: Las Leyes 244 de 2005 artículos 1 y 2 , Ley 1071 de 2006 artículos 4 y 5 , Ley 1437 de 2011, ley 1755 de 2015.

De orden Jurisprudencia: H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección expediente No. 13001233100019990030201 del 8 de mayo de 2008.

Manifiesta que el ordenamiento jurídico Colombiano regula el reconocimiento y pago de las cesantías, por medio de las Leyes 255 de 1995 y 1071 de 2006, que disponen el pago de la indemnización moratoria por pago tardío de las cesantías.

Arguye habiendo radicado la solicitud de reconocimiento de una cesantía parcial el día 13 de noviembre de 2015, el término legal de 70 días para su cancelación se cumplió el 25 de febrero del mismo año, luego a partir del 26 de febrero de 2015 se causó a su favor la sanción moratoria hasta el 21 de junio de 2016 fecha en la cual se le cancelo la cesantía, luego las entidades demandadas violaron el artículo 53 del CPC, las Leyes 244 de 1995 artículos 1 y 2 y 1071 de 2006.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Nación- Ministerio de Educación Nacional no** contestó a la demanda, pese a que fue notificada de la demanda en debida forma (fl.33).

5. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada en la Oficina de Apoyo Judicial el 4 de Abril de 2019 (fl.30) y mediante auto del 29 de Abril de 2019 (fl.32) se admitió. A través de proveído del 26 de Agosto de 2019 (fl.43) se fijó fecha para audiencia inicial, diligencia que se realizó el 13 de Noviembre de 2019 (fl.48-52), en cuyo marco se evacuaron las etapas señaladas en el artículo 180 del CPACA y de oficio con base en el artículo 213 *ibídem* se decretaron pruebas.

El 12 de febrero de 2020 se realizó la audiencia de pruebas (fl.111-112), en desarrollo de la misma se incorporaron las pruebas decretadas, se dispuso cerrar la etapa probatoria, prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, correr traslado para presentar alegatos de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte **demandante** presenta alegatos de conclusión (fl.129-131) en los que explica que habiendo radicado la petición de cesantías ante la Secretaria de Educación de Boyacá, el día 13 de noviembre de 2014 y teniéndolas a disposición el 16 de junio de 2016, las entidades demandadas incurrieron en mora en el plazo para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, a que se refiere la Resolución 00812 del 26 de enero de 2015.

Que el derecho a la sanción se estableció por las Leyes 244 de 1996, artículo 1 y 2 y 1071 de 2006, artículos 4 y 5, cuya aplicación a los docentes fue ratificado por la Corte constitucional en sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017 y del Consejo de Estado en sentencia del 5 de Octubre de 2017, Radicado No. 001233300020140041601.

Indica que solicitó las cesantías el 13 de Noviembre de 2014 y la demandada contaba con 70 días para hacer el pago de la prestación, que se cumplieron el 25 de febrero de 2015, a partir del 27 de febrero siguiente surgió a favor de la demandante el derecho a la sanción moratoria, a razón de un día de salario por cada día de mora, como el pago se realizó el 17 de junio de 2016, transcurrieron 481 días de mora.

Manifiesta que la Fiduciaria la Previsora S.A. informa que las cesantías fueron depositadas en el banco el 17 de Junio de 2015, que no se cobraron porque las devolvieron y las puso a disposición por reprogramación, a partir del 17 de junio de 2016, a lo cual indica, que ella nunca recibió comunicación informando lo pertinente y que las veces que consultó en el banco, recibió información negativa sobre la existencia de un giro a su nombre, por lo cual considera que la entidad referida, violó el principio a la transparencia y el derecho a recibir información oportuna clara y veraz, traicionando la confianza legítima, como se evidencia en el requerimiento formulado por el Despacho mediante el oficio 1006 de 13 de noviembre de 2019, donde se le solicitó informe si comunicó por algún medio a la docente, la fecha en que podría reclamar las cesantías en el Banco BBVA de Sogamoso y como respuesta se limitó a decir que el 17 de junio de 2015 habían quedado a disposición las cesantías aprobadas y que como no fueron cobradas, la reprogramo para el 17 de junio de 2016, omitiendo indicar si comunico este hecho, aceptado tácitamente, que no lo hizo, lo cual constituye una confesión.

Indica además, que no puede la Fiduprevisora desplazar la responsabilidad del no cobro y reprogramación tardía del pago de la prestación a nombre de ella pues dicha entidad es la que tiene el dominio sobre los procedimientos y actuaciones por lo que están cumplidos los presupuestos legales y probada la negligencia de la misma en el pago tardío de las cesantías, dando origen al pago de la sanción moratoria ente el 26 de febrero de 2015 y el 16 de junio de 2016, por lo que solicita acceder a las pretensiones de la demanda.

La apoderada de la **Nación - Ministerio de Educación - FOMAG** oportunamente allega por correo electrónico sus alegatos finales (fl.23) y luego por escrito recibido el 5 de marzo de 2020 (fl.133-136), en los que indica que es fundamental tener en

cuenta que, el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo de Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene establecido un procedimiento administrativo establecido especial contenido en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como, en el decreto 2831 de 2005 a favor de los educadores nacionales afiliados al mismo, régimen que contempla términos específicos para su reconocimiento, liquidación y pago que implica la participación de las entidades territoriales-Secretaría de Educación certificadas-, al igual que la Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora de la entidad.

Explica que de conformidad con lo estipulado en el Decreto 2831 de 2005 la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales del magisterio se encuentra radicada en las Secretarías de Educación, lo cual no implica que el pago deba hacerse en forma inmediata pues el proceso se encuentra condicionado a turnos y la disponibilidad presupuestal.

Expone que en el caso concreto, el Secretario de Educación de la entidad a la cual hace parte el docente reconoció las cesantías solicitadas atendiendo al turno de radicación y disponibilidad presupuestal y respetando el derecho a la igualdad, adicionalmente, verificó que no existiera una solicitud anterior.

Argumenta que la entidad demandada acoge el precedente jurisprudencial emitido por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de Julio de 2018 y de la Corte Constitucional en la sentencia SU 336 del 18 de Mayo de 2017, en las cuales se define el principio de legalidad.

Agrega que en la sentencia C-604 de 2012 se definió lo relacionado con los presupuestos de los trámites y procedimientos para el pago de una condena.

Indica además, que el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación con radicado No. 73001-23-33-000-214-00580-01 en lo relativo a la indexación de la sanción por mora señaló expresamente la incompatibilidad entre la indexación y la sanción por mora, en donde se colige que, conforme a lo dispuesto en el artículo 187 del CAPACA en su inciso final, no es aplicable al caso en concreto envista en que el últimas implica la indexación por mora que valga reiterar, son incompatibles entre sí aunado a que la mentada indexación se encuentra proscrita por vía jurisdiccional y hace mucho más gravosa la situación de la administración, pues pasa por alto que este emolumento no solo cubre la actualización monetario sino que es superior a dicho valor.

Con respecto a la condena en costas dice que conforme al artículo 365 del CGP, solamente procederá cuando en el plenario obre prueba de su causación, la cual de conformidad con lo expuesto por el Consejo de Estado no es objetiva, sino que es deber del Juez tener en cuenta la buena fe de la entidad respecto a sus actuaciones.

Solicita que como se evidencia en el expediente, el demandante no aporta prueba sobre la ocurrencia de alguna actuación por parte desea entidad que desvirtúe la presunción de buena fe y ante la falta de cumplimiento del requisito procesal se abstenga de realizar la respectiva condena en costas.

Finaliza solicitando se niegue todas y cada una de las pretensiones de la demanda y en su lugar se absuelva al Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG

La Agente Delegada del Ministerio Público no rindió concepto.

7. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la señora GRACIELA DE LA CONCEPCION CRUZ PAEZ, tiene derecho al pago de la sanción moratoria por la presunta demora e incumplimiento de los términos señalados en la Ley 1072 de 2006 dentro del trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías parciales solicitadas mediante petición del 13 de noviembre de 2014 y a cargo de FOMAG

8. 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 debe 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 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.

Pronunciamento 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 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*

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

³ Ley 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. 2º la sanción por mora, la cual se complementa con el artículo 1º que establece el término para el reconocimiento de las cesantías.

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 conforme al Art. 76 del CPACA, los 10 días establecidos para la ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento de cesantías, aplica a las peticiones radicadas a partir del 2 de julio de 2012 cuando entra en vigencia (Art.308 *ídem*), y 5 días para las anteriores en vigencia del Art. 51 del derogado CCA.

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.

De otra parte, en lo relacionado con la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en reciente sentencia del 29 de Abril de 2019 el Tribunal Administrativo de Boyacá⁵ consideró que a efectos de determinar la procedencia del reconocimiento y pago de la mencionada sanción, es del caso tener en cuenta, si el docente pertenece al régimen de liquidación retroactivo o anualizado.

Se fundamentó lo anterior en que de conformidad con el artículo 123 superior, los docentes son considerados como servidores públicos, por lo tanto es dable aplicar no solo lo relativo a la sanción moratoria, sino además las talanqueras a la mencionada sanción, que dependen del régimen de cesantías al cual se encuentre inscrito el educador. Lo precedente, se debe a que solo a partir de la Ley 50 de 1990 fue estatuida la sanción por mora en el pago tardío del auxilio de cesantías.

9. CASO CONCRETO

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

⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá, sentencia del 29 de abril de 2019, MP Oscar Alfonso Granados Naranjo.

En este caso se encuentra probado mediante certificación que milita a folio 99 del expediente, que la señora GRACIELA DE LA CONCEPCION CUERVO PAEZ se vinculó como docente desde el 16 de enero de 1995, quien el día 13 de noviembre de 2014, bajo el número 2014-CES-43650, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, tal como se observa en el desprendible de radicación (fl.81).

Por su parte, la Secretaría de Educación de Boyacá en representación de FOMAG mediante Resolución N° 000812 del 26 de enero de 2015 (fls.12-14) reconoció las cesantías parciales en favor de la demandante, 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 en este caso, el día **5 de diciembre de 2014**.

De otra parte, conforme a la sentencia de unificación que se refirió en el capítulo que antecede, señala que dicho acto tiene un término de ejecutoria de 10 días, los cuales en este caso expiraron el **22 de diciembre de 2014**.

Una vez ejecutoriado el acto que reconoce el auxilio de cesantía parcial 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 que expiró el **día 27 de febrero de 2015**, 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 del trabajador y hasta el día anterior al pago.

En el presente asunto, se encuentra probado que la demandante mediante oficio de 4 de agosto de 2015 radicado 2015 PQR34718 le solicitó al Secretario de Educación de Boyacá, ordenara el pago de sus cesantías reconocidas mediante Resolución No. 000812 de 26 de Enero de 2015, ya que fueron giradas a través del Banco BBVA de Sogamoso y devueltas por no cobro, comoquiera que nunca tuvo conocimiento de ello como quiera que ella había solicitado que el pago se hiciera a través del banco Agrario sucursal Sogamoso (fl. 15).

También obra oficio de 25 de agosto de 2015 No. 008640 de la Secretaria de Educación de Boyacá dirigido a la demandante, mediante la cual le dan curso a la solicitud de reprogramación de pago de cesantía anteriormente referida para ante la Fiduciaria la Previsora S.A (fl16.)

La accionante con oficio 18 de diciembre de 2015, radicación 20150322088102 solicita mediante derecho de petición a la Fiduprevisora S.A. la reprogramación del pago de cesantías parciales (fl. 17).

Obra oficio del Juzgado Segundo Promiscuo de familia de Sogamoso (fl. 19), en donde informa que cursó la acción de Tutela Radicada bajo el No. 2016-00086, en la que es accionante Graciela de la Concepción Cuervo Páez y demandada la Fiduciaria la Previsora S.A. dentro de la cual se profirió sentencia de fecha 20 de abril de 2016, tutela el derecho de petición y le dan a la entidad accionada 48 horas para que dé respuesta a la solicitud de reprogramación de pago de las cesantías reconocidas con Resolución No. 000812 de 26 de enero de 2015.

La Fiduprevisora SA mediante oficio No. 201601600575841 del 3 de junio de 2016 (fl.20) responde a las peticiones Nos 20160880694452 y 20160321184372, en el que informa que reprogramó el pago de las cesantías, para que sean cobradas a partir del 16 de junio de 2016, Banco Agrario - sucursal Sogamoso, empero quedaron efectivamente a disposición de la beneficiaria el **17 de junio de 2016**, como consta en la certificación expedida por Fiduprevisora (fl.126), dineros que fueron cobrados por la titular el 21 de Junio de 2016, conforme al comprobante de la transacción bancaria (fl.21)

El lapso transcurrido entre esta última fecha (17 de junio de 2015) y la fecha de pago (21 de Junio de 2016) no es responsabilidad de la entidad demandada a título de mora, sino que deviene del querer o arbitrio del beneficiario del derecho, quien este proceso funge como demandante, puesto que esa entidad no cuenta con ningún mecanismo coercitivo para lograr que el titular del derecho se acerque a la oficina bancaria desde el mismo momento en que coloca a su disposición los recursos.

Conforme a lo anterior obran pruebas que demuestran fehacientemente la mora en el pago de las cesantías solicitadas por la accionante, sin que le dieran respuesta, al punto de instaurar acción de tutela, la cual le fue favorable con fallo de fecha 20 de abril de 2016, en el cual se otorga a la accionada un plazo de 48 horas para dar respuesta a las peticiones de reprogramación de pago de cesantías, orden judicial que tampoco fue cumplida, siéndole imputable dicha mora a la entidad demandada.

De acuerdo con el artículo 167 del CGP aplicable por remisión como autoriza el artículo 306 del CPACA, le corresponde a las partes acreditar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, ello corresponde a la carga de la prueba y se traduce en la obligación que tienen los contendientes procesales de acreditar los hechos en los cuales basan sus pedimentos.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 2016⁶ al estudiar la figura procesal de la carga de prueba indicó:

“(...) quien concurre a un proceso en calidad de parte asuma un rol activo y no se limite a refugiarse en la diligencia del juez ni se beneficie de las dificultades probatorias o mala fortuna de su contraparte. En otras palabras, “las partes en el proceso deben cumplir con el deber de diligencia en lo que pretenden probar. Ninguna debe obrar con inercia porque ello causa que las consecuencias adversas de la decisión sean deducidas en su contra. El proceso no premia la estrategia sino la solución del conflicto con la participación de las partes”⁷.”

En este orden de ideas, la parte demandante allego las pruebas necesarias para acreditar el pago tardío de las cesantías solicitadas por la demandante y que fueron arrojadas al expediente en su oportunidad, sin que la entidad demandada desvirtuara tal actuación puesto que no contestó la demanda.

Se concluye que los extremos temporales para la contabilizar la sanción moratoria, por pago tardío del auxilio de cesantías parciales, inicia el **28 de febrero de 2015** y finaliza el 16 de Junio de 2016, durante el cual transcurrieron **475 días calendario (teniendo en cuenta que el año 2016 es bisiesto), por lo que ese lapso** corresponden al tiempo que la entidad demandada se tardó en realizar el pago de la prestación solicitada por el 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 el demandante para el momento en que se causó la mora por el no pago del auxilio, es decir la devengada el 28 de febrero de 2015.

Se colige que el acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo generado por la omisión en atender la petición radicada el 13 de noviembre de 2014

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-086 del 24 de Febrero de 2016, MP Jorge Iván Palacio Palacio

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-733 de 2013.

bajo el número 2014-CES -43650 ante la Secretaría de Educación de Boyacá, por medio del 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 Graciela de la Concepción Cuervo Páez, se encuentra viciado de ilegalidad, en consecuencia se declarara su nulidad.

A título de restablecimiento del derecho se condenará a la entidad al reconocimiento y pago del derecho pretendido, para lo cual deberá liquidar **475** días de salario a título de sanción moratoria y no 474 como fue estimado en el respectivo capítulo de la demanda (fl.7), por cuanto es una exigencia meramente procesal para determinar la competencia por concepto de cuantía, ora que en las pretensiones de la demanda no se propuso una aspiración específica, sino que en los fundamentos de hecho en que se funda, indica los extremos temporales a tener en cuenta, por lo que esta providencia no implica un fallo *extra petita*, inadmisibile en esta jurisdicción.

10. OTROS PRONUNCIAMIENTOS

En cuanto a la aplicación del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 “*Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022*”, en virtud del cual se dispone que la entidad territorial será responsable por el pago de la sanción moratoria en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de las cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en estos casos el FOMAG será responsable únicamente por el pago de las cesantías. Dispone además que con el objeto de verificar la responsabilidad de la entidad territorial encargada de efectuar el reconocimiento de las cesantías parciales reclamadas por la demandante, es del caso vincular a la entidad territorial responsable del pago.

Valga resaltar que la normativa en cita entró en vigencia el 25 de Mayo de 2019, fecha de su publicación y la causación de la sanción moratoria analizada y reconocida en este proceso empezó el 26 de febrero de 2015 por lo tanto esa disposición normativa no es aplicable dado el carácter *irretroactivo* de normas que regulan situaciones consolidadas.

Recuérdese que en esta oportunidad se persigue el pago de una sanción, por consiguiente, debe darse total aplicación al principio de legalidad que implica la preexistencia de los fundamentos jurídicos en los que se basa la responsabilidad en el pago de la misma.

De otra la Fiduciaria la Previsora S.A. allega poder (fl-53-60) y alegatos de conclusión (fl.133-144), estos no serán tenido en cuenta por cuanto dicha entidad no fue objeto de demanda ni vinculada dentro de las presentes diligencias.

11. INDEXACIÓN E INTERESES DE MORA

En lo referente a la indexación de las sumas que serán reconocidas por concepto de sanción moratoria, se debe tener en cuenta lo establecido por 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, donde 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 Art. 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.

12.CONDENAS EN COSTAS

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará costas a la parte demandada, sujeto procesal vencido en la sentencia, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el Código General del Proceso.

Conforme al Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijará como agencias en derecho el 4% de las pretensiones que se conceden.

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 la existencia del acto ficto o presunto generado por la omisión en contestar la petición radicada 03 de abril de 2018, bajo el número 2018-ER-072296 por GRACIELA DE LA CONCEPCION CUERVO PAEZ, en la cual solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Segundo.- Declarar la nulidad del acto ficto o presunto derivado de la omisión en contestar la petición radicada el 3 de abril de 2018, por medio de la cual la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó a la señora Graciela de la concepción Cuervo Páez el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por pago tardío del auxilio de sus cesantías parciales.

Tercero.- 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 GRACIELA DE LA CONCEPCION CUERVO PAEZ, identificada con C.C. No. 40.027.600 de Tunja, 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 No. 00812 el 26 de Enero de 2015, a razón de un día del salario devengado por el demandante en el año 2015, por cada día de retardo, durante el intervalo de tiempo entre el 28 de febrero del 2015 al 16 de Junio del 2016, total **475 días** de sanción.

Cuarto.- Condenar en costas a la parte demandante vencida en el proceso, las cuales se liquidarán por Secretaría del Juzgado aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

Quinto.- Fijar como agencias en derecho la suma correspondiente al cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones de la demanda, (fl.7) conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Sexto.- Aceptar la sustitución de poder presentado por el apoderado general de la demandada, en consecuencia reconózcase personería adjetiva a la Abogada Angie Leonela Gordillo identificada con la cédula de ciudadanía No. 1024547119 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 316.561 del Consejo Superior de la Judicatura, para representar al Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, en los términos del poder otorgado (fl.137-144)

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

Octavo.- 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ

AGO