



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

Sogamoso, trece (13) de enero del año dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicación N°: 15759-33-33-002-2019-00139-00.
Demandante: LUZ MARINA CARDENAS DE GUERRERO
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 LUZ MARINA CARDENAS DE GUERRERO solicita que se declare la nulidad del acto ficto o presunto derivado de la petición radicada el 14 de noviembre de 2018 en la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías reconocidas mediante Resolución N° 006555 del 03 de agosto de 2018.

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, se paguen intereses de mora, como señala los artículos 187 y 192 del CPACA y se condene en costas y agencias en derecho (*fl.02; Arch.01 exp. digital*).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos (*fls.2-4 Arch.01 exp. digital*) que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan en que por medio de la Resolución N° 006555 del 03 de agosto de 2018, la Nación-Ministerio de Educación-FOMAG, reconoció y ordenó el pago de la mencionada prestación y que su pago se produjo el 08 de noviembre de 2018.

Siendo tardío el pago, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sin obtener respuesta.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

De orden Legal: Art. 5 y 15 ley 91 de 1989, art. 1 y 2 ley 244 de 1995 y art. 4 y 5 ley 1071 de 2006.

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).

Manifiesta que el acto administrativo demandado se encuentra incurso en el vicio de infracción de las normas legales explica que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 regulan lo concerniente al trámite y pago de las cesantías de los empleados o trabajadores al servicio de las entidades del Estado y fija límites y sanciones para aquellos fondos o entidades que incumplan los términos allí prescritos.

Arguye que las normas mencionadas definen que desde la fecha de radicación de la solicitud de cesantías se deben contabilizar 15 días para la expedición del acto de reconocimiento, adicionalmente, 5 días para su firmeza y 45 para el pago de la prestación, términos que, a juicio de la parte actora, fueron incumplidos por la entidad demandada.

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° 73001-23-31-000-2004-01-302-02 (1872-07), del 28 de Enero de 2010 radicado N° 2266-08 ambas con ponencia de Gerardo Arenas Monsalve, del 20 Julio de 2009 radicación N° 73012331000200100006.-01 consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, del 27 de Marzo de 2007 radicado interno N° 2777-2007 magistrado ponente Jesús María Lemos Bustamante y del 2 de Octubre de 2008 radicado interno N° 1998-760 Magistrada ponente Bertha Lucy Ramírez de Páez.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Nación- Ministerio de Educación Nacional** contestó la demanda (*Arch.08 expediente digital*) dentro de la oportunidad legal aduce que de conformidad con lo establecido en las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001 se trasladó la facultad de la administración de los recursos del régimen docente a las entidades del orden territorial, por lo cual, el Ministerio de Educación Nacional perdió la facultad de ente nominador.

Indica que los Departamentos, Distritos y Municipios certificados reciben todos los recursos del sector educativo y tienen la responsabilidad de la administración de los mismos.

Agrega que la función de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes radica en cabeza de las entidades territoriales, por lo tanto, la entidad del orden central carece de competencia para realizar tales funciones, entonces en virtud de la ley 1071 de 2006, el acto administrativo debió expedirse dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de solicitud de la cesantía, para después de quedar ejecutoriado el pagador dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes ponga los recursos a consideración del peticionario y no haberse tomado el termino en el Decreto 2831 de 2005, en tanto que los términos señalados en ambas normativas son contradictorios, teniéndose que aplicar la regla de mayor jerarquía, esto es por encima de los reglamentos.

Solicita que en caso de declarar nulo el acto administrativo demandado, se tenga en cuenta que el incumplimiento de los plazos fijados por la ley obedeció exclusivamente por culpa del ente territorial, esto es, la Secretaría de Educación, quien incumplió los términos con los que contaba para proferir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas.

Indica que de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil celebrado con la Fiduciaria La Previsora S.A. esta última es la entidad que tiene la administración de los recursos del FOMAG.

Finalmente, manifiesta que se opone a las pretensiones de la demanda y con relación a los hechos explica que no es cierto el contenido del numeral 3 y que no son un hecho los contemplados en los numerales 1, 2, 6, 7 y 8 y que es cierto el hecho 4.

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda de la referencia fue radicada en la Oficina de reparto de Tunja el 19 de junio de 2019 y luego de definida la competencia derivada del factor territorial fue asignada por reparto por la Oficina de Sogamoso el 22 de agosto de 2019 (*Archiv.04 expedite digital*)

A través de proveído del 02 de septiembre de 2019 fue admitida (*fls.01-02; Archiv.05 expedite digital*). Se corre traslado de excepciones y mediante providencia de 25 de agosto de 2020, se resuelven excepciones previas (*Archiv.12 expedite digital*).

Por auto del 14 de septiembre de 2020 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 dentro del término establecido, ratifica los argumentos contentivos en la demanda y expone que con fundamento en presupuestos probatorios, resulta posible, la aplicación de la Ley 1071 de 2006 "*Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.*" Agrega que los plazos dispuestos por el legislador para la expedición del acto administrativo de reconocimiento de la cesantía, en este caso parcial, y para la cancelación de la misma, están fijados en los artículos 4 y 5 de la precitada norma, los que en adecuada técnica jurídica e interpretación sistemática deben enlazarse, concordarse y complementarse. No resulta jurídicamente válido desintegrarlos o aplicarse en forma insular, pues, el querer del legislador estuvo fundado en que para su empleo debían concordarse. Así, lo ha expuesto la máxima autoridad de lo Contencioso Administrativo en múltiples decisiones sobre el tema.

Arguye que al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía de su representado, este está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 70 días después de haber radicado la solicitud, obviando la protección de los derechos al trabajador, haciéndose el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, acreedor a la SANCIÓN correspondiente por la mora en el pago de la cesantía, por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma y con esta circunstancias pueda resarcirse los daños que causó a su mandante, situación

Solicita que se tenga en cuenta la fecha del 08 de noviembre de 2018, como fecha de pago, dado que no obra en el expediente, prueba tan siquiera sumaria de que la docente LUZ MARINA CARDENAS DE GUERRERO, hubiese sido notificada del pago y dado esto tuviera conocimiento del momento exacto en qué se le puso a disposición las cesantías, por ende, se debe tomar la fecha efectiva retiro, teniendo en cuenta que dentro del expediente es la única fecha de la cual se tiene certeza que cesó la mora.

Pone de presente que para el caso de marras las pretensiones van encaminadas al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, la que en ningún caso requiere que el docente tenga un determinado régimen de cesantías para que sea beneficiario de ella, como ha sido reiterado por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

En cuanto a la pretensión de indexación, hace referencia que en la sentencia del C.E, Sección Segunda, Subsección "A", de fecha 26 de agosto de 2019, dentro del proceso radicado 68001-23-33-000-2016-00406-01, se fijaron los alcances de la SUJ-SII-012-2018 de 18 de Julio de 2018, Sentencia por medio de la cual se unificó la jurisprudencia con respecto a la sanción moratoria.

Finalmente ratifica su solicitud de que se resuelvan favorablemente las suplicas de la demanda.

La apoderada de la **Nación - Ministerio de Educación – FOMAG** presenta alegaciones finales (*Arch. 18 expdte.digital*) en los que ratifica que deben ser desestimadas las pretensiones de la parte actora, aduciendo que para el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo de FOMAG, tiene establecido un procedimiento administrativo especial contenido en las leyes 91 de 1989, 962 de 2005, así como el Decreto 2831 de 2005, a favor de los educadores nacionales afiliados al mismo. Este régimen especial contempla términos específicos para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías parciales o definitivas de los docentes, lo cual implica la participación de las entidades territoriales - Secretarías de Educación certificadas, al igual que la FIDUPREVISORA S.A. como vocera y administradora del fondo prestaciones Sociales del magisterio.

Indica que aunque los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas se expidan por las Secretarías de Educación, ello no implica que el pago se deba hacer de manera inmediata pues esto se encuentra condicionado a turno y disponibilidad presupuestal, atendiendo al principio constitucional de legalidad del gasto público en virtud del cual *"no se puede hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gasto"*, e implica, que la disponibilidad presupuestal exista previa a la realización del gasto y además que sea suficiente al momento de hacer la erogación.

Considera que en virtud de lo señalado en la Ley 1071 de 2006, el acto administrativo debió expedirse dentro de los 15 días siguientes a la fecha de solicitud de las cesantías, para después de quedar ejecutoriado el ente pagador dentro de los 45 días siguientes ponga los recursos a disposición del peticionario y no haberse tomado el término en el decreto 2831 de 2005, en tanto que los términos señalados en ambas normativas son contradictorios, teniéndose que aplicar la regla de mayor jerarquía, esto es la ley por encima de los reglamentos. Estima que en consecuencia, hubo un retardo de por parte del ente territorial en expedir el acto administrativo al no haber sido proferido dentro del término de los 15 días

posteriores a la radicación de la solicitud, situación que a la luz del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, son de única responsabilidad de dicha entidad siendo necesario su condena proporcional en la sentencia.

Pone en consideración del Despacho que en el caso concreto, de la revisión de la situación fáctica, el ejercicio de imputación jurídica y el material probatorio allegado por la parte demandante, se infiere con certeza que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN es el ente territorial responsable del pago de la sanción por mora.

Solicita al Despacho no acceder a las pretensiones de la demanda y en consecuencia absolver a la entidad todas las declaraciones y condenas propuestas por la parte demandante.

El **Ministerio Público** no rindió concepto.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la señora LUZ MARINA CARDENAS DE GUERRERO, 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 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 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*

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.

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 aquellos casos en que la petición es radicada bajo la vigencia del CPACA como dispone su artículo 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.

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

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

Se encuentra probado que la docente LUZ MARINA CARDENAS DE GUERRERO el día 20 de febrero de 2018 con el radicado No. 2018-CES-531021 solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, tal como se evidencia en la parte motiva del respectivo acto administrativo, contenido en la Resolución N° 006555 del 03 de agosto de 2018 (*fl.02 Arch.02 exp. digital*) proferido por la Secretaría de Educación de Boyacá, a través de la cual reconoció el auxilio de cesantías definitivas; al respecto se observa que el mencionado acto se emite excediendo el término previsto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, que dispone que debe expedirse dentro de los 15 días siguientes a la radicación de la solicitud, los cuales en este caso vencieron el **13 de marzo de 2018**.

De otra parte, conforme a la sentencia de unificación que se refirió con anterioridad, la providencia 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 **28 de marzo de 2018**.

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 expiró el día **06 de junio de 2018**, 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.

En el presente asunto, se observa que según consta en el comprobante de pago del Banco BBVA (*fl.06; Arch.02 expdte. digital*) la fecha en la cual se pusieron a disposición de la demandante los recursos provenientes del reconocimiento de sus cesantías definitivas fue el 02 de noviembre de 2018, corolario de lo expuesto el Despacho tomará como base para el cálculo de la sanción moratoria la fecha en que se empieza a causar la mora en el pago de la prestación al demandante, esto es el **07 de junio de 2018**.

En este orden, conforme con el marco jurídico en cita, desde el día 07 de junio de 2018 y hasta el 01 de noviembre de 2018, transcurrieron **148 días** calendario que corresponden al tiempo que las entidades demandadas se tardaron 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 2018, mismo año de retiro del servicio.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, se colige que el acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo producto de la petición radicada el 14 de noviembre de 2018 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 definitivas de la señora LUZ MARINA CARDENAS DE GUERRERO, se encuentra viciado de ilegalidad, en consecuencia se declarara su nulidad y a título de restablecimiento del derecho se condenará a las entidades al reconocimiento y pago del derecho pretendido, estimando la mora en **148 días**.

11. DE LAS EXCEPCIONES

Teniendo en cuenta que la parte demandante logró demostrar la existencia del derecho pretendido, se colige que se encuentran infundadas las excepciones denominadas *“El término señalado como sanción moratoria a cargo del FOMAG es menor al que señala la parte demandante, culpa exclusiva de un tercero aplicación ley 1955 de 2019, de la ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la entidad fiduciaria.”*

Por otra parte, la excepción de *prescripción* propuesta por el FOMAG no se configura por cuanto la sanción moratoria inició a causarse desde el 07 de junio de 2018 y la reclamación administrativa del derecho tuvo lugar el 14 de noviembre de 2018 (*fls.07-10 Arch. 08 exp. digital*), de donde se colige que en ese interregno no transcurrieron tres años, como indica el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, siendo interrumpido dicho término por una sola vez.

Adicionalmente, se estudia de oficio la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva* de la Fiduciaria La Previsora S.A. para resolver se precisan las funciones de cada una de las entidades demandadas en el reconocimiento y pago de las prestaciones a cargo del FOMAG, así conforme con el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, este fondo es una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tiene más del 90% del capital, una de las funciones de la cuenta mencionada al tenor de lo previsto en el artículo 9° de esa norma es el pago de las prestaciones sociales quedando a cargo de las entidades territoriales su reconocimiento.

De otra parte, el artículo 180 de la Ley 115 de 1994 dispone que las prestaciones sociales de los docentes serán reconocidas por intermedio del representante legal del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la cual se encuentre vinculado el docente. Adicionalmente el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 dispone que las prestaciones sociales que pagará el FOMAG serán reconocidas por este mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre que deberá elaborar el Secretario de Educación de la entidad territorial a la cual se encuentre vinculado el docente.

Bajo estas consideraciones, claramente la representación judicial corresponde a la Nación - Ministerio de Educación, como quiera que el FOMAG no ostenta personería jurídica y pese a que las Secretarías de Educación de los entes territoriales suscriben el acto que reconoce o niega las prestaciones sociales de los docentes, únicamente actúan por delegación legal, puesto que el derecho lo otorga el ministerio a cargo del citado fondo.

Por otra parte, en lo relacionado con la Fiduciaria La Previsora S.A. se advierte que no tiene injerencia en la toma de decisiones sobre las prestaciones a cargo del FOMAG, por cuanto sus funciones no tienen el carácter de administrativas ni crean,

modifican o extinguen derechos, sino que en su condición de entidad administradora de los recursos de FOMAG, es una pagadora.

Por lo anterior, se declarará fundada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva material respecto de la Fiduciaria La Previsora S.A.

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 artículo 365 del C.G.P., suerte que siguen las agencias en derecho, toda vez que si bien se accede a la nulidad del acto ficto derivado de la petición del 14 de noviembre de 2018 y se ordena el restablecimiento del derecho, no se hace con el alcance solicitado en la demanda en cuanto no se accede a la indexación.

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 y a su vez la nulidad del acto ficto o presunto derivado de la falta de contestación de la petición radicada el 14 de noviembre de 2018 por la señora LUZ MARINA CARDENAS DE GUERRERO en la cual solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Segundo.- Declarar no fundadas las excepciones denominadas: “*El término señalado como sanción moratoria a cargo del FOMAG y la FIDUPREVISORA es menor al que señala la parte demandante, culpa exclusiva de un tercero aplicación ley 1955 de 2019, de la ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la entidad fiduciaria*” y la mixta de *prescripción*, propuestas por FOMAG.

Tercero.- Declarar de oficio fundada la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva material* de la Fiduciaria La Previsora S.A.

Cuarto.- 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 LUZ MARINA CARDENAS DE GUERRERO, identificada con C.C. No. 40.013.200 de Tunja, la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 por pago tardío del auxilio de cesantía definitiva reconocida en su favor mediante Resolución No.006555 del 03 de agosto de 2018, a razón de un día del salario devengado por la demandante en el año 2018, por cada día de retardo, durante el intervalo de tiempo entre el 07 de junio del 2018 al 01 de noviembre de 2018, Total **148 días**.

Quinto.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

Sexto- Sin condena en costas en esta instancia

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

Firmado Por:

NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 002 ADMINISTRATIVO DE SOGAMOSO

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:

ca04c13623e9749e56b9ce3b0421d43293b54b236b8cd1d5f3554020747f93b6

Documento generado en 13/01/2021 12:50:42 PM

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