



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

Sogamoso, once (11) de febrero del año dos mil veintiuno (2021)

*Referencia:* Nulidad y restablecimiento del derecho.  
*Radicación N°:* 15759-33-33-002-2019-00189-00.  
*Demandante:* ROSALBA CHAPARRO FUENTES  
*Demandado:* NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG

### **1. ASUNTO**

Corresponde al Despacho<sup>1</sup> 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 ROSALBA CHAPARRO FUENTES solicita que se declare la nulidad del acto ficto o presunto derivado de la petición radicada el 21 de junio de 2018 en la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales reconocidas mediante Resolución N° 2811 del 03 de abril de 2017.

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 (*fls.02-03; Arch.01 expdte.digital*).

### **3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS**

Los supuestos fácticos (*fls.3-4 Arch.01 expdte. digital*) que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente forma:

Señala la demanda que por medio de la Resolución N° 2811 del 03 de abril de 2017, la Nación-Ministerio de Educación-Fomag, reconoció y ordenó el pago de la mencionada prestación y que su pago se produjo el 08 de febrero de 2018.

### **4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

De orden constitucional: Preámbulo, Artículo 2, Art. 6, Art. 25, Art. 53. b.

De orden legal: Art. 1 y 2 ley 244 de 2005, Art. 4 y 5 ley 1071 de 2006, ley 1437 de 2011. ley 1755 de 2015.

---

<sup>1</sup> 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 la jurisprudencia es unánime al considerar para los docentes el derecho de ser indemnizados por pago tardío de las cesantías y que el MEN-FOMAG es responsable de su reconocimiento.

Entonces, habiendo el demandante radicado su solicitud de reconocimiento de una cesantía parcial el día 18 de agosto de 2016, el término legal de 70 días para su cancelación se cumplió el día 29 de noviembre de 2016, luego a partir del 30 de noviembre de 2016 se causa, a su favor, la sanción moratoria hasta el 08 de febrero de 2018 fecha en que se le cancelo la cesantía definitiva, por lo que la mora corresponde a 429 días, por lo que las demandadas violaron el Art. 53 de la CPC al pagar de manera tardía la Cesantías definitivas del demandante, dando lugar al cobro de la sanción moratoria prevista por la Ley, desconocieron las leyes 244 de 2005 y 1071 de 2006, al sobrepasar el plazo legal para el pago de las cesantías.

Para fundamentar su postura cita las sentencias del Consejo de Estado SU098 de 2018 Sección Segunda Subsección B Expediente N° 13001233100019990030201 del 8 de mayo de 2008. Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset !Barra Vélez, dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018), Rad. No. 73001-23-33-000-2014-00580-01.

## 5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Nación- Ministerio de Educación Nacional** contestó la demanda (*Arch.14 expediente digital*) dentro de la oportunidad legal aduce que el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-, tiene establecido un procedimiento administrativo 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 afilados al mismo. Este régimen especial contempla términos específicos para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas y parciales de los docentes, que implica la participación de las entidades territoriales - Secretarías de Educación certificadas-, al igual que de la Fiduprevisora S.A., como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Precisó 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 realizará a través de las Secretarías de Educación certificadas a cuya planta de docentes pertenezca o haya pertenecido el solicitante; estas Secretarías de Educación a su vez 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 que haya para tal fin.

Indica que en el caso que nos ocupa se observa en el plenario que la Secretaría de Educación territorial a la que se encuentra adscrito la demandante, reconoció las cesantías parciales solicitadas atendiendo al turno de radicación y disponibilidad presupuestal para tal efecto y respetando el derecho de igualdad de que gozan todos los educadores estatales afiliados al - FOMAG- en cuanto a la presentación de las solicitudes, por lo que previamente debió verificar que el peticionario no hubiera presentado solicitud anterior y que el Fondo (Fondo de Atención de Prestaciones Sociales del Magisterio) contara con el rubro presupuestal para el pago de dicha prestación.

Afirma que la Nación, Ministerio de Educación Nacional-FOMAG, se acoge al principio de legalidad del presupuesto y no desconoce los precedentes jurisprudenciales que en materia de sanción moratoria ha establecido el Consejo de

Estado a través de las Sentencias de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018, y la H. Corte Constitucional en la Sentencia SU336 del dieciocho (18) de mayo de 2017,

Pone de presente que en el caso que nos ocupa se observa en el plenario que la Resolución 002811 del 3 de Abril de 2017, fue expedida por la Secretaría de Educación con posterioridad al término previsto para la radicación y la entrega de la solicitud de pago de cesantías feneció el 8 de septiembre de 2016, será dicho ente territorial el responsable por los días de tardanza presentados en la expedición del acto administrativo correspondiente, razón por la cual debe hacer parte dentro del contradictorio. Adicionalmente considera que se debe tener en cuenta la asignación básica del docente para el pago de la sanción por mora y no el salario base de liquidación, cómo lo quiere hacer valer el demandante, de conformidad con lo estipulado en la ley.

Finalmente, se opone a las pretensiones de la demanda y solicita declarar probadas las excepciones propuestas y en consecuencia dar por terminado el proceso.

**El Departamento de Boyacá:** Contesto de manera extemporánea.

**El Ministerio Público** guardó silencio.

## 6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda de la referencia fue radicada en la Oficina de reparto el 17 de julio de 2019 (*Archiv.02 expedite digital*) y a través de proveído del 25 de noviembre de 2019 fue admitida (*Archiv.09 expedite digital*).

Por auto del 13 de octubre 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**, ni la **demandada (FOMAG)**, no presentaron alegaciones finales y el **Ministerio Público** no rindió concepto.

**El Departamento de Boyacá** presenta alegatos de conclusión dentro del término establecido, y se opone a todas y cada una de las pretensiones esgrimidas en la demanda, en la medida que de conformidad con el numeral 5° del artículo 2° de la mencionada ley las prestaciones sociales a que hace referencia el libelo se causaron con posterioridad a la expedición de la ley 91 de 1989, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que no hace parte de la Gobernación - Secretaría de Educación de Boyacá; luego las mencionadas entidades, por disposición legal no hacen parte dentro del presente proceso.

En el mismo sentido indica que no se le puede ordenar lo imposible a la Gobernación- Secretaria de Educación de Boyacá, como es reajustar y pagar una prestación y menos en forma retroactiva, como lo pretende la demandante, pues esta entidad no es quien reconoce y menos paga esta prestación, como si lo es el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, quien para el efecto lo realiza a través de la FIDUCIARIA "LA PREVISORA" S. A.

Señala que la Secretaria de Educación de Boyacá cumple, por disposición de la ley y el reglamento, funciones que en principio son propias del Ministerio de Educación Nacional, pero que se depositan en ella como una estrategia de regionalización, de manera que la defensa de la legalidad de los reconocimientos y demás decisiones relacionadas con los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, es un atributo del órgano central competente y no de la entidad local, pues se delega en la entidad territorial la facultad de elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, pero no la responsabilidad del reconocimiento como tal.

Advierte que el cumplimiento de las pretensiones de la demandante debe ser ordenado a quien lo emitió, quien para el caso en cuestión fue el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es a estos a quien les compete tal obligación, por lo tanto desde el momento en que dicho proceso se perfecciona a la Gobernación -Secretaría de Educación de Boyacá, no le cabe responsabilidad respecto de los actos que en virtud de dicha función realicen las diferentes Entidades Nacionales.

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. Solicita la desvinculación de la entidad.

## **8. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la señora ROSALBA CHAPARRO FUENTES, tiene derecho que FOMA o la Secretaria de Educación de Boyacá, le pague 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 parciales.

## **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 2018<sup>2</sup>, 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 normas 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 legal<sup>3</sup>. 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:

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

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

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.<sup>172</sup>»

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 familia<sup>4</sup>, 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.

<sup>4</sup> Gaceta del Congreso. Proyecto de Ley 38 de 1995. Senado de la República de Colombia

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

Se encuentra probado que la docente ROSALBA CHAPARRO FUENTES el día 18 de agosto de 2016 solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, tal como se enuncia en la parte motiva de la Resolución No. 02811 del 03 de abril de 2017 (*fl.10 Arch.01 exp. digital*) a través de la cual reconoció cesantías parciales; al respecto se observa que el acto se emite 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 **08 de septiembre de 2016**.

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 **22 de septiembre de 2016**.

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 **29 de noviembre de 2016**, 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, según consta en el comprobante de pago del Banco BBVA (*fl.12; Arch.01 exp. digital*) la fecha en la cual se pusieron a disposición de la demandante los recursos provenientes del reconocimiento de sus cesantías definitivas fue el **23 de enero 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 **30 de noviembre de 2016**.

En este orden, conforme con el marco jurídico en cita, desde el día 30 de noviembre de 2016 y hasta el 22 de enero de 2018, transcurrieron **418 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 2016.

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 21 de junio de 2018 ante la Secretaría de Educación del Departamento 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 ROSALBA CHAPARRO FUENTES, 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 **418 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 “*Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, detrimento patrimonial del Estado y buena fe*”, propuestas por la Nación-Ministerio de Educación-FOMAG.

El Despacho resolverá de oficio la excepción de **prescripción**, anticipando que no se configura por cuanto la sanción moratoria inició a causarse desde el 30 de noviembre de 2016 y la reclamación administrativa del derecho tuvo lugar el 21 de junio de 2018 (*fl.17-20 Arch.01 exp. digital*), se colige que en ese interregno no transcurrieron 3 años, como dispone el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

Adicionalmente, se estudiará de oficio la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva** del Departamento de Boyacá, para resolver se precisa que 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 30 de noviembre de 2019, 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.

Bajo estas consideraciones no le asiste responsabilidad al ente territorial, por lo que se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva material respecto del Departamento de Boyacá.



## 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 21 de junio 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 21 de junio de 2018 por la señora ROSALBA CHAPARRO FUENTES en la cual solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

**Segundo.- Declarar** no fundadas las excepciones denominadas: “Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, detrimento patrimonial del Estado y buena fe” propuestas por Nación-Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG

**Tercero.- Declarar** no fundada la excepción de *prescripción* estudiada de oficio.

**Cuarto.- Declarar** de oficio fundada la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva material* del Departamento de Boyacá.

**Quinto.-** 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 ROSALBA CHAPARRO FUENTES, identificada con C.C. No.24.148.895 de Tasco, 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.02811 del 03 de abril de 2017, a razón de un día del salario devengado por la demandante en el año 2016, por cada día de retardo, durante el intervalo de tiempo entre el 30 de noviembre del 2016 al 22 de enero de 2018, Total **418 días** de sanción.

**Sexto.-** Negar las demás pretensiones de la demanda.

**Séptimo.-** Sin condena en costas en esta instancia

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

**Noveno.-** 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:

**0707b4c090d90150b296d11beb53a8b069fb72ee7b622cb2d58e5dc03daf02f1**

Documento generado en 11/02/2021 04:10:08 PM

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