



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

Sogamoso, veintiséis (26) de octubre del año dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicación: 15759-33-33-002-2020-00086-00.
Demandante: Jairo Patiño Rojas
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 el señor JAIRO PATIÑO ROJAS solicita que se declare la nulidad del acto ficto producto de la presunta omisión en contestar la petición radicada el 25 de septiembre de 2019 ante la Secretaría de Educación de Sogamoso, por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de **218 días** derivada del presunto pago tardío de sus cesantías parciales.

Como consecuencia, solicita que se condene a la demandada al reconocimiento y pago indexado de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía parcial reconocida, se paguen intereses de mora, como señala los artículos 187 y 192 del CPACA y se condene en costas y agencias en derecho (*fls. 2-3; Arch.01*)

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos (*fls. 3-5; Arch.01*) que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente forma:

Señala la demanda que por medio de la petición radicada el 20 de septiembre 2016 el señor JAIRO PATIÑO ROJAS solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales, petición que fue resuelta por la Secretaría de Educación de Sogamoso por medio de la Resolución N° 119 del 23 de junio de 2017.

Agrega que el pago se efectuó el 08 de agosto de 2017 e indica que mediante escrito radicado el 25 de septiembre de 2019, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, petición que no fue resuelta por el FOMAG.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

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

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

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

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

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

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Nación- Ministerio de Educación Nacional**, NO contestó la demanda

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda de la referencia fue radicada en la Oficina de reparto el 30 de septiembre de 2020 (*Archiv.01*) y a través de proveído del 26 de octubre de 2020 fue admitida (*Archiv.04*).

Por auto del 08 de marzo de 2021 se advierte que el asunto objeto de la litis, es de puro derecho y no se hace necesaria la práctica de pruebas, razón por la cual conforme al numeral 1° del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, es viable dictar sentencia anticipada, por lo que se abstiene de fijar fecha para realizar audiencia inicial y ordena correr traslado a las partes por el término de **10 días** para alegar de conclusión, y el Ministerio Público emita concepto.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante** presenta alegatos de conclusión (*Archivo 11*), dentro del término establecido, ratifica los argumentos contentivos en la demanda y expone que en el expediente obran pruebas suficientes para demostrar la fecha de pago y así se puede comprobar del recibo del Banco BBVA allegado

De otro lado advierte que el docente realizó solicitud de cesantías parciales para compra de vivienda el 20 de septiembre de 2016, como se evidencia en radicado otorgado por parte de la Secretaría de Educación de Sogamoso en el formulario de solicitud, contrario a lo que se indica en la misma resolución 119 del 23 de junio de 2017, donde se indica erradamente que el docente realizó la petición el día 27 de octubre de 2016, así, el pago se debió realizar el día 02 de enero de 2017.

Señala que no obra en el expediente, prueba de que el docente Jairo Patiño Rojas, hubiese sido notificado del pago y dado esto tuviera conocimiento del momento exacto en qué se le puso a disposición las cesantías, por ende, no puede tenerse en cuenta la fecha de disposición de las mismas como cese de la mora, sino que se debe tomar la fecha efectiva de retiro, el 08 de agosto de 2017

Expone que para calcular los extremos de la mora debe contabilizarse desde la fecha oportuna de pago, el día 02 de enero de 2017, y la fecha efectiva del retiro el día 08 de agosto de 2017, lo que constituiría 219 días de mora.

Advierte que también se prueba dentro del presente proceso que al demandante se le aplica el régimen de cesantías anualizado, no obstante, como lo ha indicado el Tribunal Administrativo de Boyacá, para el reconocimiento de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, no hay necesidad de verificar si el docente pertenece al régimen anualizado o retroactivo, como se indica en Sentencia del 28 de noviembre de 2019, radicado 15238333300120170018701.

En cuanto a la indexación de la sanción la considera procedente desde el día 12 de agosto de 2016, fecha en la cual se pagó la prestación extemporáneamente, y hasta la fecha en que quede efectivamente ejecutoriada la sentencia, fecha después de la cual se causarían los intereses respectivos, fundamenta su postura en las sentencias del Consejo de Estado: Sección Segunda, Subsección "A", de fecha 26 de agosto de 2019, radicado 68001-23-33-000-2016-00406-01, mediante la cual se fijaron los alcances de la SUJ-SII-012-2018 de 18 de Julio de 2018 y sentencia de fallo de tutela del 06 de febrero de 2020, radicado 11001031500020190518200, MP: Carlos Enrique Moreno Rubio, Tribunal Administrativo de Boyacá sentencia del 10 de septiembre de 2020, radicado 15238-33-33-001-2019-00027-01, M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

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

Por su parte la entidad demandada **Nación-Ministerio de Educación-FOMAG** por intermedio de apoderada, presenta sus alegaciones finales (*Arch. 16*), manifestando que la unificación jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en el año 2017 y 2018, respectivamente, ha sido adversa a la posición inicialmente sostenida por la Nación Ministerio de Educación Nacional, en los casos relacionados con la sanción por mora en el pago de cesantías que se imponen al FOMAG, al respecto las altas Cortes determinaron que la sanción por mora sí es aplicable al pago de cesantías del FOMAG, a pesar que no esté previsto en la Ley 91 de 1989 ni en la Ley 962 de 2005. No obstante, lo anterior la presencia de problemas operativos en las entidades territoriales impide el cumplimiento de los términos para proyectar las respectivas Resoluciones que reconocen las prestaciones sociales de los educadores nacionales afiliados al FOMAG.

Refiere que el tema de la sanción moratoria para los docentes del sector oficial fue decantado mediante Sentencia de Unificación de fecha 18 de julio de 2018, expediente 730001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-15), en la que se señaló que no es compatible la indexación de la sanción moratoria y que por ende no es viable que de ordene por el juzgador el reconocimiento de las dos figuras.

Indica que la sanción moratoria es una condena que se impone a la administración por el pago tardío de una prestación social, es cierto también que la sostenibilidad fiscal del Estado es un derecho importante para los fines económicos y sociales como Estado Social de Derecho, no se desconoce que la demora de la administración debe ser castigada, pero la indexación que se pretende no solo depende de la administración. No se puede omitir entonces, que dicha indexación no solo es responsabilidad de la entidad demandada, sino del proceder tanto del demandante como de la administración de justicia, siendo desproporcionada la medida y la interpretación que se realiza. En consecuencia, solicita no se de aplicación a dicha interpretación normativa que se realiza.

Aduce que en vista de que la resolución 119 del 23 de junio de 2017, fue expedida por la Secretaría de Educación con posterioridad al término previsto para la radicación y entrega de la solicitud de pago de cesantías, será dicho ente territorial el responsable por los días de tardanza presentados en la expedición del acto administrativo correspondiente.

Respecto a la condena en costas manifiesta que el demandante no aporta prueba sobre la ocurrencia de alguna actuación por parte de su representada, que desvirtúe la presunción de buena fe, así ante la falta de del cumplimiento del requisito procesal para realizar la respectiva condena en costas la misma no procede. Solicita negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

El **Ministerio Público** rindió concepto (*Arch. 14*), indicando que las Altas Cortes en sentencias de unificación respecto del asunto objeto de litigio se han pronunciado de la siguiente manera:

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

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

Agrega que se encuentra acreditado que el demandante JAIRO PATIÑO ROJAS, ha laborado como docente al servicio de la educación pública, de conformidad con los documentos que obran en el expediente, igualmente se demostró que mediante derecho de petición radicado bajo el número 2016-CES—387400 el 27 de octubre de 2016 (así se indica en el acto administrativo de reconocimiento de cesantías reclamadas), solicitó el pago de cesantías parciales con destino a compra de vivienda, solicitud a la que se le ofreció respuesta a través de Resolución No.119 del 23 de junio de 2017. Ahora bien, las sumas reconocidas al demandante fueron puestas a disposición del mismo a partir del día 27 de julio de 2017, de conformidad con la certificación de fecha 16 de marzo de 2021, emitida por la Vicepresidencia del Fondo de Prestaciones del Magisterio – Fiduprevisora S.A.

Considera que en el caso bajo análisis no operó el fenómeno prescriptivo trienal del derecho que regula el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, toda vez que la sanción moratoria comenzó a causarse el 09 de febrero de 2017, en tanto que la petición en sede administrativa del reconocimiento y pago de esta indemnización se radicó el 25 de septiembre de 2019 y la demanda se presentó el 30 de septiembre de 2019.

Concluye que las pretensiones de la demanda deben ser despachadas favorablemente de forma parcial, teniendo en cuenta que le asiste el derecho a la demandante al reconocimiento de la sanción moratoria, teniendo presente que el periodo a reconocer se comprende entre el 09 de febrero de 2017, día siguiente al que se vencía el plazo para pagar en oportunidad las cesantías, hasta la fecha en que se pusieron a disposición efectivamente los dineros por concepto de cesantías reconocidas mediante resolución No. 119 del 23 de junio de 2017.

De igual manera pone de presente que no procede la pretensión incoada en la demanda en lo referente a la indexación de la sanción moratoria, pues acorde con la sentencia de unificación anteriormente citada, la sanción moratoria se entiende como penalidad de carácter económico que sanciona la negligencia del empleador para reconocer y pagar en tiempo la cesantía y que por tanto no es procedente ordenar el ajuste al valor presente, pues no se trata de un derecho laboral, ni un valor monetario que tenga la intención de compensar una contingencia relacionada con el trabajo, ni menos remunerarlo.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si el señor JAIRO PATIÑO ROJAS, tiene derecho a que el Ministerio de Educación Nacional -FOMAG pague la sanción moratoria estimada en la demanda en **218** días de mora, por la presunta tardanza e incumplimiento de los términos señalados en la Ley 1072 de 2006 dentro del trámite administrativo de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías.

9. MARCO NORMATIVO

Sanción moratoria

El artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 *por la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995*, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación, estableció:

(...) Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo (...)

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

(...) Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este (...)

De lo anterior, se evidencia que el legislador le dio un término a la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, por ende, debe estudiarse cada caso en concreto, pues se debe analizar si se expidió el acto

administrativo dentro del término legal, si fue expedido fuera de él, o si por el contrario no se expidió, ya que es de vital importancia establecer el momento en que se deben empezar a contabilizar los 45 días que señala la norma, para realizar el pago efectivo de la prestación.

Sanción moratoria de Docentes

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

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

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

Pronunciamiento tardío de la administración

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

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

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

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

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

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida **por fuera del término de ley**, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: **i)** 15 días para expedir la resolución; **ii)** 10 días de ejecutoria del acto; y **iii)** 45 días para efectuar el pago. (Negrilla del Despacho)

En este punto se debe aclarar, que los 10 días establecidos para la ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento de cesantías, obedece a aquellos casos en que la petición es radicada bajo la vigencia del CPACA como dispone su artículo 76, el cual inicio a regir el día 2 de Julio de 2012 según su artículo 308, en caso que hubiere sido radicada antes, se contabilizan 5 días de ejecutoria según lo señalado en el artículo 51 del CCA, para un total de 65 días.

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

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

10. CASO CONCRETO

En este caso se encuentra probado que el docente JAIRO PATIÑO ROJAS solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, el día **27 de octubre de 2016** mediante radicación No. 2016-CES387400 como enuncia la parte considerativa del acto administrativo de reconocimiento contenido en la Resolución N° 119 del 23 de junio de 2017 expedido por la Secretaría de Educación de Sogamoso (fl.22 Arch.01).

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

En aras de establecer la fecha de la reclamación administrativa, se observa que en la demanda (fl.5 Archivo 02), se refiere en el numeral octavo de los hechos a que la petición data del 20 de septiembre de 2016 y se estiman 218 días de tardanza en resolverla, fijando esta fecha inicial adicionales a los términos legales.

Al respecto valga precisar que obra en el expediente el “*formato documentos exigidos para radicar solicitud de cesantías parciales*”, con una firma de recibido de fecha 20 de septiembre de 2016, sin sello de la entidad, ni tampoco número de radicación (fl.21, Arch.02), por lo que se desconoce si se trata de una solicitud presentada de forma incompleta o que hubiere sido devuelta por la entidad, por lo que no se dará valor probatorio en este proceso, además en la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria adiada de septiembre 25 de 2019, ninguna precisión se hizo sobre la fecha de la petición inicial (fl. 26-29 Archivo 02).

En este orden, en consideración a que el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 dispone que dicho acto deberá expedirse dentro de los 15 días siguientes a la radicación de la solicitud, que en este caso corresponde al **27 de octubre de 2016**, se colige que el término venció el **21 de noviembre de 2016**.

De otra parte, conforme a la sentencia de unificación que se refirió con anterioridad, el acto administrativo por medio de la cual se decide sobre las cesantías parciales o definitivas tiene un término de ejecutoria de 10 días los cuales en el presente caso culminaron el **05 de diciembre de 2016**.

Ejecutoriado el acto que reconoce el auxilio de cesantía solicitada, a partir del día siguiente inició el conteo del término de 45 días hábiles para realizar el pago como establece el artículo 5 de la ley 1071 de 2006, por lo que el plazo expiró el día **08 de febrero de 2017**, 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.25; Arch.02), y en la certificación expedida por la vicepresidencia del Fondo de Prestaciones del Magisterio – Fiduprevisora S.A. la fecha en la que se pusieron a disposición del demandante los recursos destinados al reconocimiento y pago de las cesantías, corresponde al 27 de julio de 2017 (fl.11; Arch.13).

En este orden, conforme con el marco jurídico en cita, desde el día **09 de febrero de 2017** y hasta el **26 de julio de 2017**, transcurrieron **168 días** calendario que 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 la demandante para el momento en que se causó la mora por el no pago del auxilio, es decir la devengada en el año **2017**.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, se colige que el acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo producto de la falta de atención de la petición radicada el **25 de septiembre de 2019**, ante la Secretaría de Educación de Sogamoso, por medio de la cual se resolvió en forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías

definitivas del señor JAIRO PATIÑO ROJAS, se encuentra viciado de ilegalidad, en consecuencia se declarara su nulidad y a título de restablecimiento del derecho se condenará a la demandada al reconocimiento y pago del derecho pretendido, estimando la mora en **168 días**.

11. DE LAS EXCEPCIONES

El Despacho resolverá de oficio la excepción de prescripción indicando que no se configura por cuanto la sanción moratoria inició a causarse desde el 09 de febrero de 2017 y la reclamación administrativa del derecho tuvo lugar el 25 de septiembre de 2019, por lo que se colige que en ese interregno no transcurrieron más de los 3 años de que trata artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

12. INDEXACIÓN E INTERESES DE MORA

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

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

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

…”Por ello, en juicio de la Sala para justificar la indexación de la sanción por mora en el pago de las cesantías, no es viable acudir al contenido del último inciso del artículo 187 del CPACA, según el cual, «Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el índice de precios al consumidor», pues en estricto sentido, la sentencia no reivindica ningún derecho ni obligación insatisfecha, erigiéndose como generadora de un beneficio económico para el demandante cuya única causa fue la demora en el pago de una prestación.”

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

Por consiguiente, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo, sin que implique periodicidad y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente y por ende no se accede a esta pretensión

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

13. CONDENA EN COSTAS

Teniendo en cuenta que las pretensiones prosperan de forma parcial, el Despacho no impondrá condena en costas de conformidad con el numeral 5 del 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 falta de respuesta a la petición del 25 de septiembre de 2019 y se condena a la entidad demandada, no se hace en la cantidad solicitada en la demanda y además no se accede a la indexación, ni al pago de intereses.

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 nulidad del acto ficto o presunto derivado de la falta de atención a la petición radicada el 25 de septiembre de 2019, por el señor JAIRO PATIÑO ROJAS en la cual solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío del auxilio de las cesantías parciales y a su vez se declara su nulidad.

Segundo.- A título de restablecimiento del derecho, **condenar** a la Nación- Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG a reconocer, liquidar y pagar en favor del señor JAIRO PATIÑO ROJAS, identificado con C.C. No.6.762.025 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 N° 119 del 23 de junio de 2017, a razón de un día del salario devengado por el demandante en el año **2017**, por cada día de retardo, durante el intervalo de tiempo entre el 09 de febrero de 2017 al 26 de julio de 2017, total **168 días** de sanción.

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

Cuarto.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

Quinto.- Sin condena en costas en esta instancia

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

Séptimo.- 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.

DVP

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

f0073408e4d5abad7612f5a8811892062385072702db3469d3dd27a679478da5

Documento generado en 26/10/2021 10:44:46 AM

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