



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

Sogamoso, tres (03) de septiembre del año dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicación N°: 15759-33-33-002-2019-00224-00.
Demandante: Jorge Patiño Macias
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 JORGE PATIÑO MACIAS solicita que se declare la nulidad del acto ficto producto de la presunta omisión en contestar la petición radicada el 17 de mayo de 2018 ante la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del presunto pago tardío de sus cesantías parciales.

Como consecuencia, solicita que se condene a la demandada al reconocimiento y pago indexado de la sanción moratoria de **297 días** 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 08 de julio 2015 el señor JORGE PATIÑO MACIAS solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales, la cual fue resuelta por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá por medio de la Resolución N° 6261 del 21 de Octubre de 2015 y aclarada la misma mediante resolución 1900 (sic)

Expone que el pago se efectuó el 12 de agosto de 2016 e indica que mediante escrito radicado el 17 de mayo de 2018, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, petición que no fue resuelta por el FOMAG.

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

En la estimación de la cuantía de las pretensiones, liquida 297 días de mora, se liquida con base en el salario de 2015 de \$2.866.699, que aplica a los meses de octubre a diciembre de 2015 y adiciona la sanción desde enero a agosto de 2016 que la liquida con un salario de \$3.120.336, por lo que estima que el valor de la sanción asciende a \$38.100.747, de los que recibe un pago parcial el 13 de febrero de 2019 por valor de \$10.991.262, razón por la cual requiere a la entidad demandada reconozca la diferencia por valor \$27.109.485.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

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

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

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

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

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

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Nación- Ministerio de Educación Nacional – FOMAG** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, argumentando 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, en los casos relacionados con la sanción por mora en el pago de las cesantías que se imponen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (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.

Señala que 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 frente al reconocimiento de la sanción por mora el Consejo de Estado en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018, establece que en el caso en que en la administración resuelva la solicitud de cesantías parciales o definitivas de manera tardía o no lo haga, el término para la sanción moratoria empezará a contarse a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se

contaran 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo del reconocimiento, esto según el artículo 4 de la ley 1071/2006, 10 días del término de ejecutoria de la decisión según lo establecido en los artículos 76 y 87 de la ley 1437 de 2011 y 45 días hábiles a partir del día en que quedo en firme la resolución, por lo que al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causara la sanción por mora de la que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Indica que la sanción moratoria es una condena que se impone a la administración por el pago tardío de una prestación social, pero la sostenibilidad fiscal del Estado es un derecho importante para los fines económicos y sociales como Estado Social de Derecho, por lo que no se desconoce que la demora de la administración debe ser castigada, pero la indexación de la sanción moratoria que se pretende no solo depende de la administración, sino del proceder también del demandante y de la administración de justicia, siendo desproporcionada la medida y la interpretación que se realiza respecto, por lo que la indexación de la sanción moratoria no es procedente de ninguna forma, al no satisfacer las características propias de la depreciación de la moneda y al tener un origen y una finalidad diferente..

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda de la referencia fue radicada en la Oficina de reparto el 19 de diciembre de 2019, inadmitida por auto del 20 de enero de 2020 (*Archivo 02*) y siendo subsanada, a través de proveído del 24 de febrero de 2020 fue admitida (*Archiv.03*).

Por auto del 25 de enero de 2021 (*Archivo 9*) se advirtió 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 no obra en el expediente, prueba tan siquiera sumaria de que el docente Jorge Patiño Macías, hubiese sido notificado del pago para que 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, siendo el día 28 de julio de 2017, lo que constituye 200 días de mora, desde el 10 de enero de 2017, afirma.

Dado lo anterior, a efectos de calcular los extremos de la mora y el valor de la sanción, debe tenerse en cuenta que la fecha de pago efectiva corresponde al 12 de agosto de 2016, por lo que el pago realizado por parte de la Fiduprevisora al demandante, por valor de \$10.991.262, no sería el valor total por los días de mora en el pago de sus cesantías, conforme al salario devengado por el docente.

Afirma que está probado que al demandante se 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.

Considera que es procedente la indexación de la sanción, 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; 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 O.

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

La entidad demandada FOMAG no presentó alegatos de conclusión y el Ministerio público no rindió concepto en este proceso.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si el señor JORGE PATIÑO MACIAS, tiene derecho a que la Nación- Ministerio de Educación Nacional – FOMAG pague de forma indexada la diferencia no reconocida de la sanción moratoria estimada en la suma de \$38.100.747 liquidada con el salario del año 2015 y 2016 del demandante y en la cantidad de 297 días de tardanza, por el presunto incumplimiento de los términos señalados en la Ley 1072 de 2006 dentro del trámite administrativo de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, previo descuento de la suma ya cancelada por la demandada.

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:*

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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este caso se encuentra probado que el docente JORGE PATIÑO MACIAS solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, el 08 de julio de 2015 como enuncia la parte considerativa del acto administrativo de reconocimiento contenido en la Resolución N° 6261 del 01 de octubre de 2015 proferido por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá (*fl.21 Archivo 01*), para ser pagado a Natalia Alejandra Guerrero Patiño, 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 **30 de julio de 2015**.

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 **14 de agosto de 2015**.

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 **20 de octubre de 2015**, caso en el cual desde el día siguiente se empezaría 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, sin embargo en este caso, se debe analizar que en el interregno de este periodo, se advierte una actuación intermedia iniciada por el demandante, que incide indefectiblemente en la fecha de pago del auxilio de cesantías y por lo mismo surte efectos respecto de la contabilización del periodo de sanción reclamado, como se analiza en seguida.

Con la demanda se allega copia incompleta de la Resolución 1900 (*fl.26 Archivo 01*), respecto de la cual no se allega el folio donde reposa la firma del funcionario que la suscribe, sino una antefirma en manuscrito, empero su encabezado indica que proviene del Secretario de Educación de Boyacá en representación de FOMAG, como tampoco se observa la fecha en que se emite, sin embargo dicho acto se cita en el hecho cuarto de la demanda, por lo que la copia que obra, constituye elemento de prueba como fue incorporado mediante auto del 25 de enero de 2021 (*Archivo 9*), sin que hubiere sido impugnado, por lo cual será valorado.

En efecto, el cuerpo de la citada resolución, en su parte motiva refiere expresamente que aclara la Resolución N° 6261 del 01 de octubre de 2015, en sentido que el pago del auxilio de cesantías, se debe hacer en favor de Natalia Alejandra Aguirre Patiño, la que se expide como consecuencia de la solicitud elevada por Jorge Patiño Macias el 14 de enero de 2016, por lo que a partir de esta fecha, por tratarse de una nueva petición, cuentan 15 días para que la administración decida sobre la solicitud de aclaración y otros 10 días más como termino de ejecutoria del acto que la decida, por lo que este lapsus, pese a que es un término que corre para la administración, no puede contabilizar para medir el retardo en el pago de la prestación.

En efecto, no se puede cargar a la administración, la inactividad del ciudadano que no interpuso el recurso en la oportunidad procesal señalada, para que se corrigiera el yerro del apellido de la beneficiaria del pago, observado en la Resolución N° 6261 del 01 de octubre de 2015.

Valga señalar que el demandante no allegó copia de la petición inicial de reconocimiento del auxilio de cesantías parciales, con el fin de que el Despacho pueda determinar cuál fue la génesis del error observado en el registro del primer apellido de la beneficiaria del pago de la prestación, siendo de su resorte soportar dicha carga procesal, por lo que para efectos sancionatorios, no puede trasladarse de manera automática ese deber, a la entidad demandante.

Se observa además, que la Resolución N° 6261 del 01 de octubre de 2015, fue notificada el 13 de noviembre de 2015 (*fl.25 archivo 01*), diligencia en la que el notificado, expresamente renuncia a términos de ejecutoria y no obra constancia que hubiere interpuesto algún recurso, siendo esta la oportunidad para que presentara su inconformidad frente a la decisión de la administración, sin embargo no lo hizo, por lo que la carga del retardo de la actuación se conserva en el ciudadano, aquí demandante.

No se desconoce que la entidad demandada, debió emitir el acto administrativo de reconocimiento de la prestación social el 30 de julio de 2015 y que el pago debió hacerse a mas tardar el 20 de octubre de 2015, cuando se cumplen los 70 días para proceder de conformidad, sino que es claro que la actuación intermedia iniciada por el titular del derecho el 14 de enero de 2016, genera una mayor demora para la administración, dado que aquella realiza los pagos de acuerdo con la disponibilidad de los recursos, pero esencialmente con apego a los turnos de llegada de la solicitud de reconocimiento, por lo que el Despacho ordenará descontar la cantidad de 35 días en la tasación de la sanción moratoria, que corresponden al término legal para atender a solicitud de aclaración.

Se advierte un segundo aspecto que incide en la contabilización de la sanción, que deviene de observar que el señor Jorge Patiño se tardó 43 días calendario, en presentarse ante la Secretaría del Departamento de Boyacá con sede en el municipio de Tunja y quien se desempeña como docente que labora en la IE Jorge Eliecer Gaitán del Municipio de Tota, para ser notificado de la Resolución No. 6261 del 01 de octubre de 2015, el 13 de noviembre de 2015 (*fl.25 archivo 01*).

En criterio del Despacho, el interregno de tiempo que se tardó el ciudadano en recibir la notificación del acto administrativo, no puede ser trasladado a la entidad demandada, para efectos de liquidar la sanción moratoria, por cuanto, sin premiar su demora, se itera, no puede obviarse, que este tipo de solicitudes obedecen a los turnos de llegada de las peticiones, por lo que en un sistema jurídico de doble vía, además del cumplimiento de los deberes a cargo del estado, existe el correlativo deber del ciudadano de cumplir con las cargas que impone también la ley, que en este caso no es otro que acudir a notificarse de manera oportuna; empero como el demandante no allegó la citación a notificar, es decir no probó que la administración incurrió en el retardo e citar, se aplica el término de ejecutoria de 10 días, por lo que en la liquidación de la sanción, el despacho ordena que de esos 43 días de demora en notificar, se deba descontar de la sanción otros **33 días**.

En el presente asunto, el comprobante de pago del banco BBVA (*fl. 27; Arch. 01*) se encuentra en parte ilegible el aparte que pone a disposición los recursos para el pago del auxilio de cesantías, empero se puede identificar que la fecha de pago corresponde al 12 de agosto de 2016, como señala la demanda y que FOMAG afirma, sin probar, que corresponde al 12 de agosto de 2018 (*fl. Archivo 6*)

Frente a lo señalado en precedencia, sobre el principio de carga de la prueba, el legislador tiene dispuesto que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (Art.164 C.G.P.), convirtiéndolas en el medio de verificación de las proposiciones que las partes formulan en el proceso, así como de los hechos alegados en el mismo con la finalidad de otorgarle al juez la convicción de la verdad y permitirle la verificación de dichas proposiciones.

En este orden de ideas, el Despacho mantiene su criterio aplicado en otros casos de similares condiciones, en que el límite temporal para liquidar la sanción es la fecha en la cual se pusieron a disposición del demandante los recursos provenientes del reconocimiento de sus cesantías, sin embargo la prueba el comprobante de pago expedido por el BBVA aportado por el demandante, solamente deja observar que se realizó el **12 de agosto de 2016**, la cual corresponde al extremo temporal para calcular la sanción moratoria, empero no para reconocer el derecho reclamado, por lo que se debe descontar este interregno.

En este orden, conforme con el marco jurídico en cita, desde el día **21 de octubre de 2015** y hasta el **11 de agosto de 2016**, transcurrieron **297 días** calendario que corresponden al tiempo que la entidad demandada se tardó en realizar el pago de la prestación solicitada por la demandante, tiempo que se cuenta en días corridos y no en días hábiles porque no es un término legal o judicial, sino la tasación de una sanción, en consecuencia se ordenara el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío del auxilio de cesantía a razón de un día de salario por cada día de retardo, sin perjuicio de los descuentos ordenados.

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 únicamente en el año **2015**, razón por la cual no se comparte la liquidación del valor estimado en la demanda de \$38.100.747, por cuanto toma el salario de octubre a diciembre de 2015 y además, sin fundamento legal, liquida la sanción con el salario de los meses de enero a agosto de 2016, lo cual es errado.

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 17 de mayo de 2018, ante la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, por medio de la cual se resume que se resolvió en forma negativa la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales solicitadas por el señor JORGE PATIÑO MACIAS, se encuentra viciado de ilegalidad, en consecuencia se declarara su nulidad

A título de restablecimiento del derecho se condenará a la demandada, que reconozca y pague el derecho pretendido, en la cantidad de **297 días**, de los cuales debe descontar en la liquidación, los interregnos, que no son imputables como mora a la administración, a saber:

- 35 días, por solicitud de aclaración del 14 de enero de 2016 del acto de reconocimiento del auxilio de cesantías
- 33 días, por el tiempo en que el demandante acude a notificarse del acto que reconoce el auxilio de notificaciones.
- Tiempo que transcurre desde la fecha en que se ponen a disposición los recursos de cesantías, hasta el día en que se realiza el pago el 12 de agosto de 2016.

En la liquidación que se realice, se itera que además de tomar el salario devengado por el demandante en el año **2015**, debe descontar el pago parcial realizado el 13 de febrero de 2019 por concepto de sanción moratoria por valor de \$10.991.262 (fl.34; Arch.01)

11. DE LAS EXCEPCIONES

La demandada propone luego de señalar la jurisprudencia y las normas que reconocen la sanción moratoria frente al retardo en el pago del auxilio de cesantías, propone como argumento de defensa, la improcedencia del pago de indexación frente al reconocimiento de aquella, la cual prospera a título de excepción de mérito.

El Despacho resolverá de oficio la excepción de prescripción al respecto esa excepción no se configura por cuanto la sanción moratoria inició a causarse desde el 21 de octubre de 2015 y la reclamación administrativa del derecho tuvo lugar el 17 de mayo de 2018, 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 al reconocimiento y su nulidad del acto ficto derivado de la petición del 17 de mayo de 2018, no se hace con el alcance solicitado en la demanda

En efecto, no se reconocen los 297 días estimados de mora, ni tampoco se liquida con el salario del demandante del año 2016, se ordena descontar algunos periodos no imputables a la administración, y tampoco se accede a reconocer 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 existencia del acto ficto o presunto derivado de la falta de atención a la petición radicada el 17 de mayo de 2018, por el señor JORGE PATIÑO MACIAS, 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 JORGE PATIÑO MACIAS, identificado con C.C. No.9.521.152 de Sogamoso, 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° 6261 del 01 de octubre de 2015, a razón de un día del salario devengado por el demandante en el año **2015**, por cada día de retardo, durante el intervalo de tiempo entre el 21 de octubre de 2015 al 11 de agosto de 2016, total **297 días** de sanción, de cuya liquidación, se deben realizar los siguientes descuentos:

- a) Interregnos de demora que no son imputables a la administración, a saber:
- 35 días, por solicitud de aclaración del 14 de enero de 2016 del acto de reconocimiento del auxilio de cesantías
 - 33 días, por el tiempo en que el demandante acude a notificarse del acto que reconoce el auxilio de notificaciones.
 - Tiempo que transcurre desde la fecha en que se ponen a disposición los recursos de cesantías, hasta el día en que se realiza el pago el 12 de agosto de 2016.
- b) Pago parcial efectuado al demandante por concepto de sanción moratoria de forma masiva el 13 de febrero de 2019 por valor \$10.991.262

Tercero.- Declarar fundada la excepción denominada *improcedencia de la indexación de la sanción moratoria* propuesta por pasiva y no fundada la excepción de *prescripción* estudiada de oficio por el Juzgado.

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
002
Juzgado Administrativo
Boyaca - 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:

98f485ea2c2eaa48e96f2eadd47547f7f20b011256916e7a96facd673f74bc86

Documento generado en 03/09/2021 04:16:50 PM

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