

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-003-2019-00247-01
Demandante	ÁLVARO ENRIQUE TORRES CARMONA
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES D MAGISTERIO (FOMAG)
Tema	Se revoca la sentencia de primera instancia – No s generaron días de mora dentro del presente proceso.
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, decide el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante¹ y demandada², contra la sentencia proferida el veintitrés (23) de julio de dos mil veintiuno (2021)³, por el Juzgado Tercero Administrativo de Cartagena, por medio de la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA⁴.

3.1.1. Pretensiones⁵.

En la demanda se solicita que se accedan a las siguientes peticiones:

PRIMERO: Se declare la existencia de un acto ficto negativo configurado el 01 de diciembre de 2018, producto de la reclamación de sanción moratoria presentada el 31 de agosto de 2018, por pago tardío de las cesantías.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, declarar la nulidad del acto configurado en cuanto este negó el derecho a la sanción moratoria producto del pago tardío de las cesantías del actor.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho se declare que la demandada, debe reconocer y pagar la sanción moratoria a la cual tiene derecho el demandante equivalente a un día de salario por cada día de mora, debidamente indexado.

¹ Fols. 185 – 187, Archivo Digital No. 02.

² Fols. 189 – 191, Archivo Digital No. 02.

³ Fols. 172 – 177, Archivo Digital No. 02.

⁴ Fols. 1 – 16, Archivo Digital No. 02.

⁵ Fols. 1 – 3, Archivo Digital No. 02.

13-001-33-33-003-2019-00247-01

CUARTO: Condenar en costas a la parte demandada.

3.1.2. Hechos⁶.

Como sustento de lo anterior, la parte demandante sustentó lo siguiente:

El día 10 de octubre de 2017, solicitó a la parte demandada el reconocimiento y pago de cesantías, las cuales fueron reconocidas mediante Resolución No. 8857 del 04 de diciembre de 2017 y pagadas el 06 de junio de 2018, es decir, 132 días fuera del término dispuesto por los artículos 4 y 5 de la ley 1071 de 2006, teniendo en cuenta que el pago se debía realizar el 25 de enero de 2018.

Por lo anterior, el 31 de agosto de 2018 solicitó el pago de la sanción moratoria, no obstante, la solicitud fue resuelta de forma negativa mediante acto administrativo ficto.

3.2. CONTESTACIÓN

La parte demandada no contestó, aun cuando fue notificada en debida forma.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷.

Por medio de providencia del 23 de julio de 2021, la Juez Tercero Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo a las pretensiones de la demanda, así:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto ficto configurado el día 1º de diciembre de 2018, frente a la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria formulada el 31 de agosto de 2018 por el señor Álvaro Enrique Torres Carmona ante la entidad demandada.

SEGUNDO: CONDENAR a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar en favor del señor Álvaro Enrique Torres Carmona, la suma de SESENTA Y SEIS MIL SESENTA Y CINCO PESOS (\$66.065) por concepto de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías, consistente en un día de salario por el día de retardo en su desembolso.

No se aplica la indexación del artículo 187 del CPACA por ser incompatible.

*TERCERO: Abstenerse de condenar en costas y agencias en derecho, de acuerdo a lo expresado en los considerandos de la sentencia.
(...)”.*

⁶ Fols. 3 – 5, Archivo Digital No. 02.

⁷ Fols. 172 – 177, Archivo Digital No. 02.

13-001-33-33-003-2019-00247-01

Como fundamento de su decisión, declaró la nulidad del acto demandado; de la misma forma, condenó a la entidad demandada a reconocer y pagar en favor del demandante, la suma de \$66.065 por la sanción moratoria debido al pago tardío de las cesantías, consistente en un día de salario por el día de retardo.

Como sustento de lo anterior, manifestó que, la solicitud de reconocimiento de cesantías fue radicada el 10 de octubre de 2017, por lo que el plazo para expedir el acto administrativo de reconocimiento era hasta el 17 de noviembre de 2017; en ese sentido, el término de ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento fue hasta el 17 de noviembre de esa misma anualidad, motivo por el cual, los 45 días hábiles para pagar las cesantías fenecieron el 25 de enero de 2018, sin embargo, el pago de las cesantías fue a puesto a disposición del 26 de enero del mismo año. Finalmente, el 31 de agosto de 2018, el demandante radicó la solicitud de sanción moratoria.

En ese sentido, determinó que existió mora en el pago de las cesantías al señor Álvaro Torres, pues el pago de las mismas fue puesto a disposición un día después de vencer el término dispuesto en la ley. No obstante, de acuerdo al certificado aportado por Fiduprevisora las cesantías parciales reconocidas y pagadas al actor, quedaron a su disposición el 26 de enero de 2018, empero al no ser cobradas, se reprogramó su pago para el día 05 de junio de 2018.

Así mismo, aun cuando la parte actora señaló que la mora no finalizó el 26 de enero de 2018 debido a que el pago fue reprogramado para una fecha posterior, lo cierto es que la mora expira al poner en disposición del beneficiario las cesantías. Teniendo en cuenta esto, dentro del proceso consta tanto en el certificado aportado por Fiduprevisora, como en el recibo de pago del banco, que el pago fue producto de una reprogramación, sin embargo, este no se controvertió, ni hay prueba de la falta de comunicación al demandante, ni de una presunta reversión temporal, por ese motivo, ese no es el objeto de la presente controversia.

Finalmente, concluyó que, se encontraba probada la situación de hecho que exige el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 para que se reconozca y pague la sanción moratoria, además se configura la causal de nulidad dispuesta en el artículo 137 del CPACA. Por lo anterior declaró la nulidad de acto administrativo ficto acusado y condenó a la demandada al pago de la sanción moratoria correspondiente a un día del salario vigente del año 2018, cuyo valor es \$66.065.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN

3.4.1 Demandante⁸.

Mediante escrito allegado el 04 de agosto de 2021, la entidad demandante solicitó revocar la sentencia proferida en primera instancia, mediante la cual se reconoció 1 día de mora y en su lugar se tenga como fecha en que se pagaron las cesantías el 06 de junio de 2018, debiéndose reconocer la sanción moratoria por 132 días.

Como sustento de lo anterior, manifestó que, de acuerdo a la fecha en la cual fue presentada la solicitud para el retiro de cesantías, esto es, el 10 de octubre de 2018, el pago de las mismas se debía realizar a más tardar el 25 de enero de 2018, por esta razón, la mora comenzó a contarse a partir del 26 de enero de esa misma anualidad, hasta cuando se realizara el pago, lo cual ocurrió el 06 de junio de 2018. Por lo anterior concluyó que transcurrieron 132 días de retardo.

De la misma forma, consideró que el certificado allegado por la Fiduprevisora no prueba que al demandante se le hubiera notificado que el pago de las cesantías hubiere estado a disposición desde el 26 de enero de 2018, así mismo, su mandante día tras día acudía a las sedes del Banco BBVA, sin que se evidenciara el pago de las cesantías, motivo por el cual solicita que se oficie a la entidad bancaria para que informe la fecha real del pago y a la demandada para que pruebe haber enviado el dinero para su cobro o haber informado al accionante sobre el mismo.

Finalmente, señaló que la entidad demandada falló al no poner en conocimiento al actor sobre cuándo serán puestas a disposición las cesantías, además, sustrajo el dinero y reprogramó el pago para 4 meses después de poner el dinero a disposición perjudicando así al demandante y transgrediendo la ley.

3.4.2 Demandada⁹

La entidad accionada solicitó revocar el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada, teniendo en cuenta que la fecha de presentación de la solicitud, esto es, el 10 de octubre de 2017, los 70 días vencieron el 25 de enero de 2017, motivo por el cual la mora se generó a partir del 26 de enero de esa anualidad, no obstante, ese mismo día se pusieron los dineros a disposición, por esta razón consideró que no se generaron días de mora.

⁸ Fols. 185 – 187, Archivo Digital No. 02.

⁹ Fols. 189 – 191, Archivo Digital No. 02.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL.

La demanda en comento fue repartida a este Tribunal el 21 de enero de 2022¹⁰, siendo admitido el recurso de alzada por auto del 07 de junio de la misma anualidad¹¹, decisión notificada a las partes y al Ministerio Público, mediante fijación en estado del 08 de junio del mismo año¹², comunicado vía correo electrónico en la misma calenda¹³.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante¹⁴: Reiteró los argumentos del recurso de apelación y solicitó que se aplique el principio de favorabilidad con fundamento en la sentencia SU- 098/2018 y se acceda a su petición.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

5.2. Problema jurídico.

De conformidad con los hechos expuestos, y los argumentos de la apelación, considera la Sala que, dentro del asunto, se debe determinar si:

¿Hay lugar a aumentar o, revocar la sanción moratoria impuesta a la entidad demandada teniendo en cuenta que el plazo para el pago de las cesantías finalizó el 25 de enero de 2018 y estas fueron puestas a disposición en la entidad bancaria el 26 de enero de 2018, no obstante, por no cobro, el pago de la mencionada prestación fue reprogramado para el 06 de junio de 2018, o debe confirmarse la sentencia de primera instancia?

5.3. Tesis de la Sala.

La Sala de Decisión revocará el fallo de primera instancia, por encontrar que, contrario a la señalado por la A-quo, no se generaron días de mora debido a que la misma cesa un día antes de que sea puesta a disposición del demandante el pago de la suma reconocida, en ese sentido, el término de 70 días para realizar el correspondiente pago fue el 25 de enero de 2018 y el

¹⁰ Archivo Digital No. 03.

¹¹ Archivo Digital No. 05.

¹² Archivo Digital No. 06.

¹³ Archivo Digital No. 07.

¹⁴ Doc. 08 exp. Digital

13-001-33-33-003-2019-00247-01

dinero correspondiente a las cesantías del actor fue puesto a disposición el 26 de enero de 2018, es decir, la mora cesó el 25 de enero de 2018, que como se reitera, fue el último día del plazo.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.4.1 Cesación de la sanción moratoria – Valor probatorio de la certificación de consignación emitida por la Fiduprevisora S.A. – FOMAG.

La jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, cesa una vez se realice el pago efectivo por parte del FOMAG, esto es, cuando los dineros a reconocer son puestos a disposición del solicitante¹⁵, siendo suficiente para la demostración de tal hecho, las certificaciones emitidas por la Fiduprevisora S. A., en calidad de administradora de dicho fondo, en donde se haga constar la fecha en que se puso a disposición las sumas reconocidas por concepto de cesantías, pues estas han sido reconocidas como plena prueba al resolver asuntos similares¹⁶.

Adicionalmente, el alto tribunal de lo contencioso administrativo, ha determinado que no es necesario para entender que se ha efectuado el pago, poner en conocimiento al beneficiario mediante el envío de una comunicación informándole sobre el desembolso del valor reconocido, pues a este le corresponde verificar la extinción de la obligación previamente reconocida a su favor. En todo caso, aunque el interesado no se percatara del pago, materialmente se produjo la consignación y con esta, el consecuente cumplimiento de lo ordenado en la resolución de reconocimiento y pago de las cesantías, entrando así, el valor desembolsado a su patrimonio, sin que la omisión de dicha verificación sea imputable al FOMAG, ni a la Fiduprevisora S.A.

Así entonces, la reprogramación del pago, no constituye una negativa del pago de las cesantías sino un procedimiento administrativo destinado a velar eficazmente por la salvaguarda de los recursos públicos, que en estos casos son administrados por el FOMAG¹⁷.

¹⁵ Sentencia del 15 de junio de 2017, rad.: 2013-00156 (2159-14), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁶ Sentencia del 28 de marzo de 2019 emitida dentro del radicado 68001-23-33-000-2016-00495-01(2804-18) (C.P.Sandra Lisset Ibarra Vélez); y sentencia del 25 de septiembre de 2017 proferida al interior del proceso radicado 73001-23-33-000-2013-00638-01(1669-15) (C.P. William Hernández Gómez)

¹⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, sentencia del quince (15) de junio de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00156-01(2159-14)M.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez

13-001-33-33-003-2019-00247-01

Al respecto, dicha Corporación en sentencia del 22 de julio de 2021¹⁸, sostuvo la posición anterior en los siguientes términos:

“(…) cabe destacar que, de conformidad con el desarrollo realizado en el marco jurídico sobre la sanción moratoria por el pago tardío o falta de cancelación de las cesantías definitivas o parciales, no hay duda de que según el artículo 5 (parágrafo) de la Ley 1071 de 2006, su contabilización será «hasta que se haga efectivo el pago», situación que debe revisarse de acuerdo con las aristas que puedan presentarse, puesto que debe no solo analizarse cuándo se sufragó la prestación, sino también el momento desde que estuvo disponible para su cobro, por cuanto puede acontecer que el particular deje transcurrir tiempo intencionalmente si sabe que con ello la sanción moratoria se incrementaría.

Sobre el caso del demandante, este alega que debió notificársele que el dinero estaba a su disposición para el cobro y que «[...] la parte demandada no anexa documento alguno en el cual [lo] citen y/o certifiquen que [...] fuera notificado, y a su vez, informad[o] de que ya se encontraba depositado el dinero, o que en su defecto, se podía acercarse a las oficinas del BANCO BBVA con el fin de que pudiese recibir el pago de sus cesantías», pues le correspondía a la entidad acreditar que el mencionado dinero podía ser cobrado.

Al respecto, se precisa que de conformidad con lo previsto en el artículo 167 del Código General del Proceso (CGP), «[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen», por lo que, contrario a lo alegado en la alzada, era el actor quien tenía el deber procesal de demostrar que había adelantado toda la gestión para el cobro de su prestación y que, a pesar de ello, la entidad se abstuvo de pagarle o incurrió en mora, circunstancia que no ocurrió en este caso, sino que, según las pruebas allegadas, el dinero estuvo disponible para pago y al no ser retirado, se reprogramó para una fecha posterior.

En el asunto sub examine, el Fomag no resolvió la solicitud de cesantías parciales en tiempo, pero sí las puso a disposición para pago dentro del plazo legal, según la contabilización de los términos en el cuadro que antecede, es decir, que si bien la petición de la prestación debía decidirse a más tardar el 29 de enero de 2015 (y ocurrió el 13 de febrero siguiente), lo cierto es que su pago debería efectuarse el 21 de abril de esa anualidad y, como se expuso, el 1º. de los mismos mes y año el dinero estuvo disponible para ser cobrado, esto es, dentro del respectivo plazo y, por ende, de manera oportuna (...).”

5.5. CASO CONCRETO.

5.5.1. Análisis crítico de la prueba frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente asunto, la Sala se centrará en estudiar los recursos de apelación presentados tanto por la parte demandante, como por la parte demandada, bajo ese entendido, el presente análisis se centrará en establecer si, el conteo de los días de mora se debe realizar desde que finalizó el plazo para el pago de las cesantías, esto es, el 25 de enero de

¹⁸ Consejo de Esatdo, Sección Segunda – Subsección B, sentencia del 22 de julio de 2021, M. P.: Carmelo Perdomo Cuéter

13-001-33-33-003-2019-00247-01

2018, hasta el día en que el giro por dicho concepto fue puesto a disposición del docente beneficiario (el 26 de enero de 2018), o hasta el día en que fue reprogramado el pago (06 de junio de 2018), ante la falta de cobro del interesado en la fecha inicial.

En ese sentido, se encuentra probado dentro del plenario que Fiduprevisora S.A, puso a disposición del señor Álvaro Torres Carmona el valor reconocido por concepto de cesantías parciales a través de la Resolución No. 8857 de 04 de diciembre de 2017¹⁹, para su cobro el 06 de junio de 2018, con la observación de *“reprogramación de cesantías parciales”*, tal como se puede ver en el recibo de pago generado por el Banco BBVA²⁰; los dinero fueron retirados el 15 de junio de 2018, como se aprecia en el mencionado recibo.

Por otra parte, aun cuando en dicho recibo de pago no fue especificada la fecha en que fueron puestos a disposición los dineros por primera vez, dentro de las pruebas aportadas al proceso se encuentra el Oficio de Radicado No. 1010403 del 12 de julio de 2021²¹, expedido por la Fiduprevisora S.A., donde consta que el pago de las cesantías quedó *“a disposición a partir del 26 de enero de 2018 el cual no fue cobrado y se reprogramó nuevamente el 05 de junio de 2018 por valor de \$10,497,214, a través del Banco BBVA COLOMBIA por ventanilla, en la Sucursal BBVA CENTRO DE SERVICIOS CARTAGENA”*.

Por lo antes mencionado, encuentra esta Judicatura que antes del 06 de junio de 2018, la entidad demandada puso la suma de dinero correspondiente por concepto de cesantías, tal como se observa en el desprendible de pago del banco BBVA, el cual no fue controvertido en ningún momento, ni tachado de falso dentro del proceso, además constituye documento auténtico, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 244 del código General del Proceso, pues fue emitido por una entidad financiera guardadora de la fe pública.

Para casos como el que hoy nos atañe, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha determinado que la certificación emanada de la Fiduprevisora S.A., como administradora del FOMAG, es prueba suficiente para demostrar el pago de las cesantías, el cual se entiende realizado cuando las mismas son puestas a disposición del solicitante, en ese sentido, es válido para esta Judicatura afirmar que, la suma a cancelar fue puesta a disposición el 26 de enero de 2018 y al no ser reclamadas, se reprogramó para una fecha posterior.

Frente al cuestionamiento planteado por la apoderada de la parte demandante respecto a la falta de notificación, se tiene que, en virtud al

¹⁹ Fols. 23 – 25, Archivo Digital No. 02.

²⁰ Fol. 26, Archivo Digital No. 02.

²¹ Fol. 150, Archivo Digital No. 02.

13-001-33-33-003-2019-00247-01

marco jurisprudencial citado en apartes anteriores, la consignación del dinero a reconocer con el fin de ponerlo a disposición del interesado, es suficiente para entender que se ha cumplido el pago, sin que sea necesario comunicar su desembolso al beneficiario, pues desde el momento en que fue notificada la resolución de reconocimiento, que para el caso fue el 04 de diciembre de 2017²²; este tuvo conocimiento del pago ordenado en su favor, razón por la cual, debió ser diligente en verificar la extinción de la obligación reconocida a su favor.

Así las cosas, la fecha de pago que se tendrá en cuenta por la Sala, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, será el 26 de enero de 2018, debido a que este fue el día en que estuvo el pago a disposición por primera vez; en ese sentido, aun cuando el plazo de los 70 días venció el 25 de enero de 2018 y el dinero fue puesto a disposición al día siguiente, concluye este Tribunal que no hubo mora, pues esta cesa un día antes de la fecha en que fueron puestos a disposición los dineros, que para el presente asunto, se reitera fue el 25 de enero de 2018, es decir, el último día del plazo antes referenciado, es decir, el día que empezaba a correr la mora (26 de enero de 2018), antes de concluir el día fueron puestos a disposición los dineros, por lo que no se pudo configurar la mora.

Colorario a lo anterior, se acogen los argumentos de la alzada de la demandada y como consecuencia de ello, se revocará la sentencia de primera instancia y se negarán las pretensiones de la demanda.

5.6. De la condena en costas.

El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, señala: *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*.

A su turno, el artículo 365 del CGP numeral cuarto establece que cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

En este asunto, la Sala se abstendrá de condenar en costas puesto que había una discusión de cuál era la fecha válida para cesar la mora, en consecuencia, si había fundamento legal para presentarla.

²² Fol. 25, Archivo Digital No. 02.

13-001-33-33-003-2019-00247-01

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI. FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

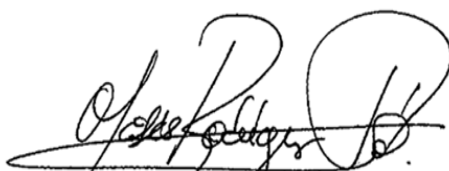
SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR en costas en ambas instancias, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 011 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
En uso de permiso²³



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ

²³ Concedido mediante Resolución No. 072 del 25 de mayo de 2023.