



34

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

Sogamoso, seis (06) de marzo del año dos mil veinte (2020)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicación N°: 15759-33-33-002-2018-0144-00.
Demandante: MARÍA ELSA RODRÍGUEZ JIMÉNEZ
Demandado: Nación -Min. Educación – FOMAG y Fiduprevisora SA

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho¹ decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, mediante sentencia en primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, la señora MARÍA ELSA RODRÍGUEZ JIMÉNEZ solicita que se declare la nulidad del acto ficto negativo producto de la presunta omisión en contestar la petición radicada el de la petición radicada el 09 de Febrero de 2018 con el número 2018PQR8018 ante la Secretaría de Educación de Boyacá en la cual solicitó el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

Como consecuencia, solicita que se condene a la demandada al reconocimiento y pago indexado de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía parcial reconocida, se paguen intereses de mora, como señala los artículos 187 y 192 del CPACA y se condene en costas y agencias en derecho (fl.3-4).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos (fl.5) que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente forma:

Señala la demanda que el 30 de Junio de 2016 con la radicación N° 2016-CES-349883 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía parcial para compra de vivienda.

Agrega que el reconocimiento se produjo a través de la Resolución N° 005641 del 06 de Septiembre de 2016, notificada el 16 de Septiembre de 2016 y el pago se realizó el 12 de Diciembre de 2016, sobrepasando los términos previstos en los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, por cuanto la petición de cesantías debió resolverse el 25 de Julio de 2016 y los haberes correspondientes a la misma debieron pagarse el 03 de Octubre de 2016.

De contera manifiesta que el 09 de Febrero de 2018 solicitó el pago de la sanción moratoria y que a través del Oficio N° 20181010345442 de esa misma fecha, la

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).

entidad le informó y la entidad le informó que la petición fue remitida a la Dirección de Prestaciones Económicas para la revisión y pago de ser procedente.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

De orden constitucional: Los artículos 25 y 53 de la Constitución Política.

De orden Legal: Las Leyes 244 de 1995 artículo 1 y 2 y 1071 de 2006 Art. 4 y 5.

Manifiesta que la entidad demandada vulneró las normas constitucionales citadas debido a que desconoció que el trabajador tiene derecho a recibir el pago oportuno de sus cesantías para invertirlas en la forma establecida en la ley, para enfatizar en su postura citó la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, del 16 de Mayo de 2013 MP Cerveleón Padilla Linares.

Indica que el reconocimiento oportuno de las cesantías y de la mora es consustancial al derecho al trabajo por lo que es inconcebible que bajo los principios y preceptos superiores el pago tardío de las cesantías no genere sanción moratoria alguna, y a su vez injustificable que el trabajador deba soportar los perjuicios ocasionados por la mora, así como la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Explica que de acuerdo con la posición del Consejo de Estado vertida en la sentencia del 27 de Mayo de 2007 expediente N° 2777-2004 CP Jesús María Lemos Bustamante el medio de control idóneo para obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías es el de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que no existe título ejecutivo.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación- Ministerio de Educación Nacional contestó a la demanda (fls.46-57) dentro de la oportunidad legal aduce que de conformidad con lo establecido en las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001 se trasladó la facultad de la administración de los recursos del régimen docente a las entidades del orden territorial, por lo cual, el Ministerio de Educación Nacional perdió la facultad de ente nominador.

Por lo anterior, los Departamentos, Distritos y Municipios certificados reciben todos los recursos del sector educativo y tienen la responsabilidad de la administración de los mismos. De igual manera, la Ley 115 de 1994 radica en cabeza de los entes territoriales la administración de las instituciones de educación y del personal docente y administrativo de los planteles educativos sujetándose a la planta de cargos adoptada por la ley.

Agrega que por medio del Decreto 2831 de 2005 se trasladó la función de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes radicada en cabeza del Ministerio de Educación a las entidades territoriales, por lo tanto, la entidad del orden central carece de competencia para realizar tales funciones.

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

Menciona que conforme a lo previsto en la Ley 91 de 1989 existen dos regímenes de cesantías docentes el cual depende de la fecha de vinculación, así, para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 el régimen aplicable será el de cesantías retroactivas y a los vinculados con posterioridad se les aplicará el régimen anualizado.

Explica que para el caso del personal docente existe un procedimiento especial para el reconocimiento y pago de sus cesantías definido en la Ley 91 de 1989 y el Decreto reglamentario 2831 de 2005, por lo que mal podría aplicarse lo estipulado en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 que se refiere a un procedimiento especial, así mismo, no es dable hacer extensiva una sanción no definida en el régimen especial.

Finalmente se opone a las pretensiones de la demanda y con relación a los hechos explica que no le constan los contenidos en los numerales 1 a 3 y 6 a 9, que no es un hecho el contemplado en los numerales 4 y 5 y que no es cierto el hecho 10.

La **Fiduciaria La Previsora S.A.** contestó la demanda (fls.67-74) dentro de la oportunidad legalmente prevista oponiéndose a las pretensiones y aduciendo que no le constan y que no son ciertos los hechos 1 a 3 y 5 a 10 y que no es hecho el postulado en el numeral 4.

Aduce que por medio de la Ley 91 de 1989 se creó el FOMAG como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta.

Agrega que no le corresponde a la Fiduciaria La Previsora S.A. efectuar el reconocimiento de los derechos que se reclaman en este medio de control, por cuanto, ello corresponde a las entidades territoriales, en este caso, a las Secretarías de Educación respectivas, lo anterior de conformidad con lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005.

Indica que en el presente caso no es procedente la indexación de las sumas que puedan resultar de una eventual condena, así lo ha manifestado la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996, por cuanto, la sanción solicitada es severa e incluso es mayor que la corrección monetaria.

Expone que el procedimiento para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria es el previsto en la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, por lo cual, no es procedente aplicar la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 pues difiere del procedimiento especial de los docentes y menos aún hacer extensiva la sanción establecida en la norma especial que no la contempla como ocurre con la sanción moratoria por el supuesto no reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada en la Oficina de reparto el 17 de Julio de 2018 (fl.29) y a través de proveído del 30 de Julio de 2018 fue admitida (fl.31). Mediante el proveído del 04 de Marzo de 2019 (fl.106) se fijó fecha para audiencia inicial, diligencia que se realizó el 19 de Junio de 2019 (fls.115-121), en cuyo marco se evacuaron las etapas señaladas en el artículo 180 del CPACA y de oficio con base en el artículo 213 *ibídem* se decretaron pruebas.

El 23 de Agosto de 2019 se llevó a cabo la audiencia de pruebas (fl.214-223), en desarrollo de la misma se incorporaron las pruebas decretadas, se ordenó reiterar el oficio N° 513 dirigido al Banco BBVA, se dispuso cerrar la etapa probatoria, prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, correr traslado para presentar alegatos de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante y la apoderada de la Fiduciaria La Previsora S.A. no presentaron alegatos de conclusión y el Ministerio Público no rinde concepto.

La apoderada de la Nación - Ministerio de Educación - FOMAG presenta alegatos de conclusión dentro de la oportunidad legal a través de escrito que remitió sin firma (fls.228-232).

Sobre el particular, se dará aplicación a lo previsto en los artículos 2 y 11 del CGP que disponen que toda persona tiene derecho a la tutela judicial efectiva y al acceso a la administración de justicia, adicionalmente, que en la interpretación de la ley procesal el Juez debe tener en cuenta que el objeto del procedimiento es la efectividad de los derechos sustanciales, por lo cual, no le es dable poner obstáculos innecesarios que impidan la consecución del mismo porque de lo contrario incurriría en exceso ritual.

En tales condiciones, se observa que la abogada Lina Paola Reyes fue reconocida para defender los intereses del FOMAG en la audiencia del 23 de Agosto de 2019 (214-223), por lo mismo, es evidente que le asiste el interés de presentar los escritos necesarios para la defensa de su prohijada y en tal virtud, no se pondrá en tela de juicio la autenticidad del escrito de alegatos de conclusión aportado, contrario a ello se tendrá en cuenta para todos los efectos.

Aclarado lo anterior, en el escrito contentivo de las alegaciones finales la abogada se opone a las pretensiones de la demanda por cuanto considera que no se ha quebrantado la presunción de legalidad que cobija el acto enjuiciado.

Agrega que de acuerdo con el principio *Lex posterior generalis, non derogat priori speciali* el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías para el personal docente está regulado en la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, por lo tanto, no se puede hacer extensiva una sanción establecida en las normas generales como las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996, 244 de 1995 y 1071 de 2006, ya que el FOMAG es el único habilitado para el pago del auxilio de cesantías y debe ceñirse a un procedimiento especial. Para reforzar su postura cita la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso N° 2012-168-01.

Indica que en el trámite especial de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes participa la entidad territorial y la Fiduciaria La Previsora S.A., por lo tanto, el pago debe ceñirse a la disponibilidad presupuestal y la radicación de las solicitudes de pago que haya para tal fin.

En virtud de anterior, el pago se encuentra supeditado a la disponibilidad presupuestal y el turno asignado, lo cual fue tomado en cuenta como criterio orientador del mismo.

Solicita la aplicación del artículo 65 del CST en cuanto a la sanción moratoria y pide que se demuestre la mala fe de la entidad relacionada con la postergación del pago de las cesantías solicitadas.

Finalmente, pide que no se aplique la indexación de acuerdo con lo estipulado en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado en el radicado N° 2014-00580-01 del 18 de Julio de 2018 y que no se condene en costas y agencias en derecho.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la Nación- Ministerio de Educación Nacional- FNPSM Fiduciaria La Previsora S.A. debe reconocer y pagar la sanción moratoria por la presunta demora e incumplimiento de los términos señalados en la Ley 1071 de 2006 dentro del trámite administrativo de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías parciales solicitadas por la señora MARÍA ELSA RODRÍGUEZ JIMÉNEZ iniciado con la petición del 30 de junio de 2016

Como problema jurídico asociado se debe resolver si la Fiduciaria La Previsora S.A. debe reconocer y pagar la sanción moratoria a favor de los demandantes por la misma causa señalada con anterioridad.

9. CUESTIÓN PREVIA

Antes de abordar el análisis del presente asunto, se considera necesario efectuar algunas precisiones en relación con los Oficios del 15 de Febrero de 2018 proferido por el Grupo de Prestaciones Sociales del Departamento de Boyacá y el N° 20181020216231 del 10 de Febrero de 2018 emitido por la Fiduciaria La Previsora S.A. (fls. 24 y 25) a efectos de definir si son actos administrativos pasibles de control judicial.

El artículo 104 del CPACA dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra instituida para conocer de las controversias y los litigios originados entre otros, en los actos administrativos, dicha categoría se define genéricamente como "*aquellas manifestaciones, en ejercicio de la función administrativa, tendientes a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas determinadas. De igual forma, estas determinaciones pueden ser de carácter particular cuando resuelven una situación específica respecto de un sujeto determinado o general cuando sus efectos son abstractos por no decidir o resolver situaciones concretas*"²

Ahora bien, es del caso precisar que el Consejo de Estado ha clasificado los actos administrativos según su naturaleza, en actos de trámite, preparatorios, definitivos y de ejecución³, los primeros son aquellos que le dan celeridad o movimiento a la actuación administrativa, los segundos corresponden a los que contribuyen a formar el juicio o criterio de la administración para decidir la actuación⁴.

En cuanto a los actos definitivos, corresponden a los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible continuar con la actuación, mientras que los últimos son los que dan cumplimiento a un acto particular y concreto o a una orden judicial, valga decir que esta clasificación encuentra su respaldo normativo en el Art. 75 del CPACA que refiere a la regla general de improcedencia de recursos frente a los mismos, salvo autorización legal expresa.

Acorde con la clasificación precedente, la alta Corporación⁵, definió, que no todos los actos administrativos son susceptibles de cuestionamiento por vía judicial, admitiendo que solo puede demandarse por vía de nulidad y restablecimiento del derecho, los actos administrativos definitivos. El Art. 43 *ídem*, establece que también son actos definitivos aquellos que impiden continuar con la actuación

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", CP Ramiro Pazos Guerrero. Fecha 23 de agosto de 2019. Radicación número: 76001-23-33-000-2018-00495-01(62081)

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", CP Sandra Lisset Ibarra Vélez. Fecha 31 de mayo de 2018. Radicación número: 05001-23-33-000-2017-00616-01(4900-17)

⁴ Manual del acto administrativo. Luis Enrique Berrocal Guerrero. Pág. 327.

⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, CP Hugo Fernando Bastidas Barcenás. Fecha 11 de febrero de 2014. Radicación número: 25000-23-27-000-2007-00120-02(18456)

administrativa, es decir que pese a que tengan connotación de actos de trámite, son pasibles de control judicial.

Entonces, como en los Oficios arriba mencionados tanto el Grupo de Prestaciones Sociales del Departamento de Boyacá como la Fiduciaria La Previsora S.A. remitieron por competencia la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria de la demandante, es preciso advertir que se trata de actos de trámite en la medida en que le dieron celeridad o movimiento a la actuación, pero no la definieron en forma definitiva, rasgo, que implicaría que fueran demandables en la presente actuación.

En tales condiciones, se considera que los Oficios referidos no son actos susceptibles de cuestionamiento judicial y por lo mismo no hacen parte de la proposición jurídica y tampoco son objeto estudio por parte del este Despacho.

10. 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 *idem*, reguló la sanción moratoria en los siguientes términos: **UNICATURA**

(...) 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

344

contrario no se expidió, ya que es de vital importancia establecer el momento en que se debe 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 2018⁶, 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 legal⁷. 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.

⁶ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia del 11 de septiembre del 2018 proceso 150013333005-2015-00187-02, MP José Ascensión Fernández Osorio

⁷ Ley 244 de 1995 "Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones" -subrogada por la Ley 1071 de 2006- regula en el art. 2^o la sanción por mora, la cual se complementa con el artículo 1^o que establece el término para el reconocimiento de las cesantías.

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 párrafo 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 familia⁸, o simplemente no emitiría el acto administrativo con el fin de que el plazo para la cancelación del valor no iniciase, y por ende, se condicionaría la norma a la actuación de la entidad pública empleadora.(...)

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

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

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

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

⁸ Gaceta del Congreso. Proyecto de Ley 38 de 1995. Senado de la República de Colombia

345

11. CASO CONCRETO

En este caso se encuentra probado que la docente MARÍA ELSA RODRÍGUEZ JIMÉNEZ el día 30 de Junio de 2016 con el radicado No. 2016-CES-349883 solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías parciales, tal como se observa en el desprendible de radicación (fl. 164)

Ahora bien, la Secretaría de Educación de Boyacá profirió el 06 de Septiembre de 2016 la Resolución N° 005641 a través de la cual reconoció las cesantías parciales a la señora MARÍA ELSA RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, acto que se notificó el 19 de Septiembre de 2016 como consta a folio 167 reverso.

Tomando en consideración lo anterior es claro que el acto de la referencia se expidió y notificó 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 25 de Julio de 2016.

De otra parte, conforme a la sentencia de unificación que se refirió con anterioridad, la providencia por medio de la cual se decide sobre las cesantías parciales o definitivas tiene un término de ejecutoria de 10 días de conformidad con lo establecido en el Art. 76 del CPACA., los cuales en el presente caso culminaron el 08 de Agosto de 2016.

Una vez ejecutoriado el acto que reconoce el auxilio de cesantía parcial solicitada, a partir del día siguiente inició el conteo del término de 45 días hábiles para realizar el pago como establece el artículo 5 de la ley 1071 de 2006, por lo que el plazo que expiró el día 11 de Octubre de 2016, caso en el cual desde el día siguiente se empieza a causar y se hace exigible la sanción moratoria derivada del retardo en el pago de la prestación referida y hasta el día anterior al pago.

En el presente asunto, se observa que de acuerdo con las certificaciones remitidas por el Banco BBVA (fls. 233-238) los dineros para el pago de la referida prestación fueron puestos a disposición de la demandante el 05 de Diciembre de 2016.

En este orden, conforme con el marco jurídico en cita, desde el día 12 de Octubre de 2016 y hasta el 04 de Diciembre de 2016, transcurrieron **54 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.

En cuanto a la asignación para liquidar la sanción moratoria, será la asignación básica diaria devengada por el demandante para el momento en que se causó la mora por el no pago del auxilio, es decir la devengada en el año 2016.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, se colige que el acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo producto de la petición radicada el 09 de Febrero de 2018 ante la Secretaría de Educación de Boyacá, por medio del cual se resolvió en forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales de la señora María Elsa Rodríguez Jiménez se encuentra viciado de ilegalidad, en consecuencia se declarara su nulidad y a título de restablecimiento del derecho se condenará a la entidad al reconocimiento y pago del derecho pretendido, estimando la mora en **54 días** y no el señalado en la demanda, por las razones expuestas.

12. DE LAS EXCEPCIONES

La Fiduciaria La Previsora S.A. propone la excepción de *falta de legitimación por pasiva* en virtud de la cual advierte que dicha entidad no expidió los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones sociales ya que los mismos deben ser expedidos por la Secretaría de Educación respectiva.

Indica que dado el proceso de descentralización del sector educativo en virtud de la Ley 60 de 1993 y posteriormente la Ley 715 de 2001 el Ministerio de Educación Nacional perdió la facultad de ser nominador la cual fue trasladada a las entidades territoriales correspondiendo a la administración de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

Esta excepción se resolverá en conjunto con la de *falta de legitimación en la causa por pasiva material* postulada por el FOMAG debido a que se esgrimen argumentos similares a las que sustenta la otra demandada.

Indica que a través de la Ley 91 de 1989 la Nación creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación encargada de la administración de los recursos del sector educativo, adicionalmente, a través de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005 se suprimieron las competencias en materia de reconocimiento y pago de prestaciones que estaban a cargo del Ministerio de Educación, por lo que son las entidades territoriales las encargadas del reconocimiento de los derechos solicitados por los docentes. Concluye que el Ministerio de Educación no intervino en la gestión del trámite que se demanda en el presente proceso.

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

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

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

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

346

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

En tales circunstancias, se declarará no fundada la excepción de *falta de legitimación por pasiva material* frente al FOMAG, empero frente a la Fuduprevisora S.A. por los mismos argumentos, dicha excepción se encuentra fundada.

Frente a la excepción de *prescripción* propuesta tanto por el FOMAG como por la FIDUPREVISORA S.A. en virtud de la cual exponen que de acuerdo con lo previsto en el Decreto 1848 de 1969 los derechos prescriben en 3 años los cuales se contabilizan desde que la obligación se hace exigible.

Al respecto esa excepción no se configura por cuanto la sanción moratoria inició a causarse desde el 12 de Octubre de 2016 y la reclamación administrativa del derecho tuvo lugar el 09 de Febrero de 2018 (fls. 20-23), se colige que en ese interregno no transcurrieron tres años de que trata artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, siendo interrumpido dicho término por una sola vez.

13. OTROS PRONUNCIAMIENTOS

En cuanto a la aplicación del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 "*Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022*", en virtud del cual se dispone que la entidad territorial será responsable por el pago de la sanción moratoria en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de las cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en estos casos el FOMAG será responsable únicamente por el pago de las cesantías. Dispone además que con el objeto de verificar la responsabilidad de la entidad territorial encargada de efectuar el reconocimiento de las cesantías parciales reclamadas por la demandante, es del caso vincular a la entidad territorial responsable del pago.

Valga resaltar que la normativa en cita entró en vigencia el 25 de Mayo de 2019, fecha de su publicación y la causación de la sanción moratoria analizada y reconocida en este proceso empezó el 19 de Enero de 2016, por lo tanto esa disposición normativa no es aplicable dado el carácter *irretroactivo* de normas que regulan situaciones consolidadas.

Recuérdese que en esta oportunidad se persigue el pago de una sanción, por consiguiente, debe darse total aplicación al principio de legalidad que implica la preexistencia de los fundamentos jurídicos en los que se basa la responsabilidad en el pago de la misma.

De otra parte la abogada Anayibe Montañez presentó renuncia al poder (fl.340) explica que no aporta la comunicación exigida en el artículo 76 del CGP en razón a que la renuncia se produjo por su desvinculación a la entidad y que, además, la representación de la misma radica en cabeza del apoderado general por lo que no queda desprotegida de defensa judicial.

El Despacho recuerda que en Audiencia Inicial llevada a cabo el 19 de Junio de 2019 se reconoció personería adjetiva a la abogada Anayibe Montañez para representar al FOMAG, posteriormente, el 23 de Agosto de 2019 en el curso de la Audiencia de Pruebas se reconoció personería adjetiva a la abogada Lina Paola Reyes Hernández para representar los intereses de la misma entidad, de manera que conforme al artículo 76 del CGP se entiende revocado el primer poder conferido y por ende no es menester pronunciamiento adicional.

14. INDEXACIÓN E INTERESES DE MORA

En lo referente a la indexación de las sumas que serán reconocidas por concepto de sanción moratoria, se debe tener en cuenta lo establecido por 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, donde 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.

15. 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 también las agencias en derecho, toda vez que si bien se accede a la nulidad del acto ficto derivado de la petición elevada el 2 de Febrero de 2018 y se ordena el restablecimiento del derecho, no se hace con el alcance solicitado en la demanda en la que solicitaba la sanción moratoria desde el 04 de Octubre de 2016 hasta el 12 de Diciembre de 2016, sino en menor proporción y además no se accede a la indexación de las sumas causadas.

16. 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 petición 2018PQR8018 radicada el 9 de Febrero de 2018 por MARÍA ELSA RODRÍGUEZ JIMÉNEZ en la cual solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Segundo.- Declarar no fundada la excepción de *prescripción* propuesta por la Fiduciaria La Previsora S.A. y la Nación-Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la de *falta de legitimación en la causa por pasiva material*-propuesta por esta última entidad mencionada.

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

Cuarto.- Declarar la nulidad del acto ficto o presunto derivado de la petición radicada el 09 de Febrero de 2018, por medio de la cual la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le negó a la señora MARÍA ELSA RODRÍGUEZ JIMÉNEZ el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío del auxilio de sus cesantías parciales.

Quinto.- A título de restablecimiento del derecho, **condenar** a la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG, a reconocer, liquidar y pagar en favor de MARÍA ELSA RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, identificada con C.C. No. 23.943.172 de Aquitania, la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 por pago tardío del auxilio del auxilio de cesantía parcial reconocida en su favor mediante Resolución No. 005641 del 06 de Septiembre de 2016, a razón de un día del salario devengado por la demandante en el año 2016, por cada día de retardo, durante el intervalo de tiempo entre el 12 de Octubre al 04 de Diciembre de 2016, total **54 días** de sanción.

Sexto.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

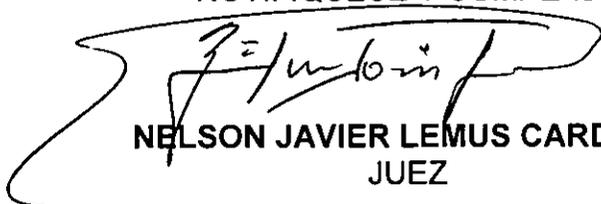
Séptimo.- Sin condena en costas en esta instancia

Octavo.- No aceptar la renuncia al poder presentada por la abogada Anayibe Montañez Rojas para representar al FOMAG.

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

Noveno.- Ejecutoriada esta providencia, devolver a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello y archívese el expediente dejando las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ

