



112

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: 15759-33-33-002-2018-00188-00.
Demandante: Hamilton Huertas Viasús
Demandado: Nación-Min. Educación-FOMAG y Otro

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 HAMILTON HUERTAS VIASÚS solita que se declare la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo producto de la omisión en contestar la petición radicada el 09 de Febrero de 2018 bajo el número 2018PQR8014 ante la Secretaría de Educación de Boyacá en la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas por medio de la Resolución N° 006767 del 26 de Octubre de 2015.

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).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos (fl.4 y 5) que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente forma:

Señala la demanda que el 13 de Agosto de 2015 bajo el número 2015-CES-037698 el señor Hamilton Huertas Viasús solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales.

Agrega que por medio de la Resolución N° 006767 del 26 de Octubre de 2015, la Secretaría de Educación de Boyacá reconoció la prestación solicitada, la cual fue pagada el 11 de Octubre de 2016.

Manifiesta que de conformidad con lo previsto en los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006 el reconocimiento de las cesantías debió efectuarse el 04 de Septiembre de 2015 y su pago el 18 de Noviembre de 2015, sin embargo indica que la entidad

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).

excedió los términos antes mencionados, por lo tanto considera que a partir del 19 de Noviembre de 2015 y hasta el 11 de Octubre de 2016 se generó la sanción moratoria prevista en la norma antes mencionada.

De contera informa que el 9 de febrero de 2018 Rad. 20181010345602 solicitó el pago de la sanción moratoria, atendida mediante oficio 20181020216141 del 10 de Febrero de 2017 (*sic*) que 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 Ley 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

Manifiesta que la entidad demandada desconoció que por mandato superior el demandante tiene derecho a percibir el pago de sus cesantías dentro de las oportunidades legales, para clarificar su postura citó la sentencia expedida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 15 de Mayo de 2013 MP Cerveleón Padilla.Linares.

Explica que de acuerdo con lo estatuido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos la remuneración debe ser equitativa y satisfactoria para que asegure al trabajador y a su familia una existencia digna. Agrega que de acuerdo con lo previsto en el artículo 53 de la Constitución Política los beneficios mínimos laborales son irrenunciables por lo cual, el reconocimiento oportuno de las cesantías y de la mora es consustancial al Estado Social de Derecho.

Arguye que de acuerdo con la sentencia del 27 de Marzo de 2007 proferida por el Consejo de Estado, Sala Plena, radicación N° 2004-2777 magistrado ponente Jesús María Lemos Bustamante, la sanción por mora en el pago de cesantías puede ser reclamada a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se discuta su ocurrencia.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA *perior*

La Fiduciaria La Previsora S.A. contestó la demanda (fls.40-47) dentro de la oportunidad legalmente prevista oponiéndose a las pretensiones de la demanda y aduciendo que los hechos deben probarse en el decurso del proceso.

Aduce que 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 que tiene como finalidad la administración de los recursos.

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 a través de 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 y no 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.

La **Nación- Ministerio de Educación Nacional** contestó a la demanda (ff.75-83) dentro de la oportunidad legal en la que 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.

Adicionalmente, se opone a las pretensiones de la demanda y con relación a los hechos explica que los mismos deben probarse.

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 anualizadas.

5. TRÁMITE PROCESAL

La demanda de la referencia fue radicada en la Oficina de reparto el 28 de Agosto de 2018 y mediante auto del 10 de Septiembre de 2018 (ff.28-29) se admitió. A través de proveído del 26 de Marzo de 2019 (ff.98) se fijó fecha para audiencia inicial, diligencia que se realizó el 19 de Junio de 2019 (ff.102-108), 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 (ff.185-194), en desarrollo de la misma se incorporaron las pruebas decretadas, 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.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte **demandante** presenta alegatos de conclusión (fl.206-207) en los que explica que el 13 de Agosto de 2015 el señor Hamilton Huertas Viasús solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales e indicó que las mismas debían ser pagadas en el Municipio de Santa Rosa de Viterbo. Agrega que por medio de la Resolución N° 006767 del 26 de Octubre de 2015 se reconoce y ordena el pago de las cesantías solicitadas, acto que debió notificarse dentro de los 15 días siguientes.

En lo relativo al pago de la prestación explica que se produjo el 11 de Octubre de 2016, sin embargo indica debió efectuarse dentro de los 45 días siguientes a la expedición del acto mencionado, esto es el plazo se extendió hasta el 18 de Noviembre de 2016.

La apoderada de ~~la Nación -- Ministerio de Educación -- FOMAG~~ en sus alegatos finales (fl.201-205) indica que el Tribunal Administrativo de Antioquia en sentencia proferida en el proceso con radicación N° 2016-1680001 haciendo uso del principio *Lex posteriori generalis, non derogat priori especial* consideró que los términos de pago de los docentes afiliados al FOMAG se rigen por lo previsto en la Ley 9 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, por lo cual, no se pueden hacer extensivas las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996, 244 de 1995 y 1071 de 2006. Adiciona que el único habilitado para hacer la liquidación de pago de las cesantías es el FOMAG el cual debe ceñirse a lo establecido a las normas antes mencionadas.

Explica que de conformidad con lo estipulado en el Decreto 2831 de 2005 la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales del magisterio se encuentra radicada en las Secretarías de Educación, lo cual no implica que el pago deba hacerse en forma inmediata pues el proceso se encuentra condicionado a turnos y la disponibilidad presupuestal.

Expone que en el caso concreto el Secretario de Educación de la entidad a la cual hace parte el docente reconoció las cesantías solicitadas atendiendo al turno de radicación y disponibilidad presupuestal y respetando el derecho a la igualdad, adicionalmente, verificó que no existiera una solicitud anterior.

Argumenta que la entidad demandada acoge el precedente jurisprudencial emitido por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de Julio de 2018 y de la Corte Constitucional en la sentencia SU 336 del 18 de Mayo de 2017, en las cuales se define el principio de legalidad.

Agrega que en la sentencia C-604 de 2012 se definió lo relacionado con los presupuestos de los trámites y procedimientos para el pago de una condena.

Solicita que se de aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en lo referido a la sanción moratoria, adicionalmente pide que se demuestre la mala fe del empleador para el no pago oportuno de los rubros en los cuales se finca la demanda y que de accederse a las pretensiones no se ordene la indexación solicitada.

La Fiduciaria La Previsora S.A. no presentó alegatos de conclusión y el **Ministerio Público** no rindió concepto.

7. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la Nación- Ministerio de Educación Nacional- FNPSM y Fiduciaria La Previsora S.A. deben 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 el señor HAMILTON HUERTAS VIASÚS iniciado con la petición radicada el 13 de Agosto de 2015.

8. 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 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 2018², señaló

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

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

Pronunciamiento tardío de la administración

El legislador contempló la sanción por mora, en el evento en que el empleador realizara el pago de las cesantías más allá del término legal³. Al respecto, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, el Consejo de Estado, Sección Segunda, expediente No 73001-23-33-000-2014-00580-01 hace referencia a la naturaleza de la sanción moratoria en los siguientes términos:

De este modo, la jurisprudencia del Consejo de Estado igualmente ha caracterizado la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías como una multa a favor del trabajador y en contra del empleador estatuida con el objeto de reparar los daños causados al primero por el incumplimiento en el plazo para el pago, en los siguientes términos:

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

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

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

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

³ 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.

7/12

(...) 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 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 derogado CCA, para un total de 65 días.

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

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

De otra parte, en lo relacionado con la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, se advierte, que en reciente sentencia del 29 de Abril de 2019 el Tribunal Administrativo de Boyacá⁵, consideró que a efectos de determinar la procedencia del reconocimiento y pago de la mencionada sanción, es del caso tener en cuenta si el docente pertenece al régimen de liquidación retroactivo o anualizado.

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

⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá, sentencia del 29 de abril de 2019, MP Oscar Alfonso Granados Naranjo.

Se fundamentó lo anterior en que de conformidad con el artículo 123 superior, los docentes son considerados como servidores públicos, por lo tanto es dable aplicar no solo lo relativo a la sanción moratoria, sino además las talanqueras a la mencionada sanción, que dependen del régimen de cesantías al cual se encuentre inscrito el educador. Lo precedente, se debe a que solo a partir de la Ley 50 de 1990 fue estatuida la sanción por mora en el pago tardío del auxilio de cesantías.

9. CASO CONCRETO

En este caso se encuentra probado que mediante Resolución N° 006767 del 26 de Octubre de 2016 y de la certificación que milita a folio 163 del expediente el señor HAMILTON HUERTAS VIASÚS se vinculó como docente el 17 de Enero de 2011, luego, quien el día 13 de Agosto de 2015 con el radicado No. 2015-CES-37698 solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, tal como se observa en el desprendible de radicación (fl.157 a 160).

Ahora bien, la Secretaría de Educación de Boyacá profirió el 26 de Octubre de 2015 la Resolución N° 006767 (fls.147-148) a través de la cual reconoció las cesantías parciales al señor Hamilton Huertas, 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 04 de Septiembre de 2015.

De otra parte, conforme a la sentencia de unificación que se refirió en el capítulo que antecede, señala que dicho acto tiene un término de ejecutoria de 10 días, los cuales en este caso expiraron el 10 de Noviembre de 2015:

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 19 de Enero de 2016, caso en el cual desde el día siguiente se empieza a causar y se hace exigible la sanción moratoria derivada del retardo en el pago de la prestación referida en favor del trabajador y hasta el día anterior al pago.

En el presente asunto, pese a que en la demanda se indica que el pago de los dineros se produjo el 11 de Octubre de 2016, de acuerdo con la certificación emitida por la Fiduciaria La Previsora S.A. (fl.187) los recursos destinados para el pago de la prestación fueron puestos a disposición del interesado a partir del 02 de Marzo de 2016, sin embargo estos no fueron cobrados.

Informa la referida certificación que ante la falta de cobro, el pago de la prestación fue re-programada para el día 28 de Septiembre de 2016, caso en el cual considera este Despacho que el tiempo que transcurrió desde el 02 de Marzo de 2016, fecha FIDUPREVISROA puso a disposición del demandante los recursos respectivos y el 28 de septiembre de 2016, fecha en la que se reprogramo el pago colocando nuevamente a disposición esos recursos, no es imputable a la entidad demandada, por cuanto en la demanda no se cuestiona que la demandada hubiere incurrido en un yerro al ubicar esos dineros una entidad bancaria distinta a la que hubiere señalado su beneficiario.

De acuerdo con el artículo 167 del CGP aplicable por remisión como autoriza el artículo 306 del CPACA, le corresponde a las partes acreditar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, ello corresponde a la carga de la prueba y se traduce en la obligación que tienen los contendientes procesales de acreditar los hechos en los cuales basan sus pedimentos.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 2016⁶ al estudiar la figura procesal de la carga de prueba indicó:

"(...) quien concurre a un proceso en calidad de parte asuma un rol activo y no se limite a refugiarse en la diligencia del juez ni se beneficie de las dificultades probatorias o mala fortuna de su contraparte. En otras palabras, "las partes en el proceso deben cumplir con el deber de diligencia en lo que pretenden probar. Ninguna debe obrar con inercia porque ello causa que las consecuencias adversas de la decisión sean deducidas en su contra. El proceso no premia la estrategia sino la solución del conflicto con la participación de las partes"."

En este orden, le incumbe a la parte demandante probar las razones por las cuales no retiró los recursos puestos a disposición por el ente pagador, Fiduprevisora, carga procesal que debió agotar dentro de la oportunidad pertinente, sin embargo, no aportó y tampoco solicitó prueba alguna que acreditara esa circunstancia.

Por lo tanto, la fecha que se toma para la contabilizar la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías parciales corresponde al 02 de Marzo de 2016, al no existir argumentación o prueba idónea a través de la cual se pueda inferir que la tardanza en relación con el cobro de las cesantías parciales sea atribuible a la entidad en el interregno comprendido entre el 02 de marzo y el 28 de Septiembre de 2016.

Valga señalar que el lapso transcurrido entre esta última fecha (28 de septiembre de 2016) y la fecha de pago (11 de octubre de 2016) tampoco es responsabilidad de la entidad demandada a título de mora, sino que deviene del querer o arbitrio del beneficiario del derecho, quien este proceso funge como demandante, puesto que esa entidad no cuenta con ningún mecanismo coercitivo para lograr que el titular del derecho se acerque a la oficina bancaria desde el mismo momento en que coloca a su disposición los recursos, que como se dijo, data del 28 de septiembre de 2016.

En este orden, conforme con el marco jurídico en cita, desde el día siguiente al 19 de enero de 2016 y hasta el día anterior al 02 de Marzo de 2016, transcurrieron **42 días calendario** que corresponden al tiempo que la entidad demandada se tardó en realizar el pago de la prestación solicitada por el demandante, tiempo que se cuenta en días corridos y no en días hábiles porque no es un término legal o judicial, sino la tasación de una sanción, en consecuencia se ordenara el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío del auxilio de cesantía a razón de un día de salario por cada día de retardo.

En cuanto a la asignación para liquidar la sanción moratoria, será la asignación básica diaria devengada por el demandante para el momento en que se causó la mora por el no pago del auxilio, es decir la devengada el 19 de enero de 2016.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, se colige que el acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo generado por la omisión en atender la petición radicada el 09 de Febrero de 2018 bajo el número 2018PQR8014 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 del señor Hamilton Huertas Viasús, 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 **42 días** y no el señalado en la demanda, por las razones expuestas.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-086 del 24 de Febrero de 2016, MP Jorge Iván Palacio Palacio

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-733 de 2013.

10. DE LAS EXCEPCIONES

La Fiduciaria La Previsora S.A. propone la excepción de *falta de legitimación por pasiva* aduciendo que 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 y son las entidades territoriales las encargadas del reconocimiento de los derechos solicitados por los docentes, entonces 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 pagara 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, puesto que no crean, modifican, ni 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 02 de Marzo de 2016 y la reclamación administrativa del derecho tuvo lugar el 09 de Febrero de 2018 (ffs.14-18), por lo que 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.

11. 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.210), 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.

12. 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 Art. 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.

12.CONDENAS 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 Art. 365 del CGP, 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 09 de Febrero de 2018 y se ordena el restablecimiento del derecho, no se hace con el alcance solicitado en la demanda para que se cuente la sanción moratoria desde el 19 de Noviembre de 2015 hasta el 11 de Octubre de 2016, sino en menor proporción y además no se accede a la indexación de las sumas causadas.

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 petición 2018PQR8014 radicada el 09 de Febrero de 2018 por HAMILTON HUERTAS VIASUS 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, negó al señor Hamilton Huertas Viasús 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 HAMILTON HUERTAS VIASÚS, identificado con C.C. No. 7.188.003 de Tunja, la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 por pago tardío del auxilio de cesantía parcial reconocida en su favor mediante Resolución No. 006767 del 26 de Octubre de 2015, a razón de un día del salario devengado por el demandante en el año 2016, por cada día de retardo, durante el intervalo de tiempo entre el 19 de Enero al 01 de Marzo del 2016, total **42 días** de sanción.

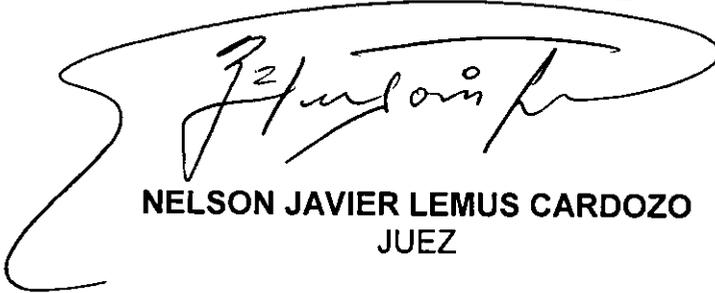
Sexto.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

Séptimo.- Sin condena en costas en esta instancia

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ

2

0

1

1

.

1