



113

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°: 15759-33-33-002-2018-00231-00.
Demandante: RAFAEL RICARDO BERMÚDEZ TARAZONA
Demandado: Nación -Min. Educación – FOMAG

1. ASUNTO

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

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el señor RAFAEL RICARDO BERMÚDEZ TARAZONA solicita que se declare la existencia y además la nulidad del acto ficto negativo derivado de la petición radicada el 28 de Agosto de 2017.

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 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.2) que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente forma:

Señala la demanda que el 16 de Noviembre de 2016 por medio del oficio radicado con el número 2016-CES-392592 el demandante solicitó el reconocimiento y pago de su cesantía parcial.

Aduce que a través de la Resolución N° 011 del 30 de Enero de 2017 fueron reconocidas las cesantías deprecadas, las cuales fueron pagadas el 08 de Agosto de 2017, indicando que la entidad excedió el término legal.

Manifiesta que el 28 de Agosto de 2017 radicó una petición en la que solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria, sin embargo no fue resuelta por la entidad territorial, por lo cual considera que el 29 de Noviembre de 2017 se produjo un acto administrativo ficto o presunto negativo.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

De orden constitucional: Artículos 25, y 53 de la Constitución Política.

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).

De orden Legal: Las Leyes 81 de 1989 artículos 5 y 15, 244 de 1995 artículo 1 y 2 y 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

Manifiesta que el acto administrativo demandado se encuentra incurso en el vicio de infracción de las normas constitucionales y legales en que debía fundarse, sobre el punto señala que con el retraso en el pago de las cesantías fueron quebrantados los derechos de la parte actora a la dignidad humana, al trabajo y la igualdad de oportunidades pasando por alto que Colombia es un Estado Social de Derecho.

Explica que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 regulan lo concerniente al trámite y pago de las cesantías de los empleados o trabajadores al servicio de las entidades del Estado y fija límites y sanciones para aquellos fondos o entidades que incumplan los términos allí prescritos.

Arguye que las normas mencionadas definen que desde la fecha de radicación de la solicitud de cesantías se deben contabilizar 15 días para la expedición del acto de reconocimiento, adicionalmente, 5 días para su firmeza y 45 para el pago de la prestación, términos que, a juicio de la parte actora, fueron incumplidos por la entidad demandada.

Para cristalizar su postura citó las sentencias del 17 de Noviembre de 2016 con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez en la cual se definió el término para empezar a contabilizar la sanción moratoria y la aplicabilidad de esa sanción para el caso de los docentes.

Finalmente, cita la sentencia SU-336 de 2017 proferida por la Corte Constitucional, MP Iván Humberto Escruce Mayolo, en la que se unificó el criterio según el cual pese a que los docentes gocen de un régimen especial no están excluidos del reconocimiento de la sanción moratoria por el retraso en el pago de sus cesantías

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Pese a haber sido notificada en debida forma (ffs.32, 33 y 35) la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, no contestó la demanda.

5. TRÁMITE PROCESAL *sejo Superior*

La demanda fue radicada en la Oficina de reparto el 06 de Noviembre de 2018 (fl. 17) y a través de proveído del 19 de Noviembre de 2018 fue inadmitida (fl.20), subsanado el defecto, por auto del 21 de Enero de 2019 (fl.28) se admitió. A través de proveído del 04 de Junio de 2019 (fl.40) se fijó fecha para audiencia inicial, diligencia que se realizó el 19 de Junio de 2019 (ffs.44-50), en cuyo marco se evacuaron las etapas señaladas en el artículo 180 del CPACA y de oficio con base en el artículo 213 *ibidem* se decretaron pruebas.

El 23 de Agosto de 2019 se llevó a cabo la audiencia de pruebas (fl.95-103), en desarrollo de la misma se incorporaron las pruebas decretadas, se ordenó reiterar el oficio N° 519 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.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante no presenta 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. 106-110).

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 (95-103), 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 specialis* 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 pago.

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 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.

7. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la Nación- Ministerio de Educación Nacional- FOMAG 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 el señor RAFAEL RICARDO BERMÚDEZ TARAZONA.

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

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

115

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."

Por lo tanto, 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:

*(...) 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.(...)*

³Ley 244 de 1995 "Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones" -subrogada por la Ley 1071 de 2006- regula en el art. 2º la sanción por mora, la cual se complementa con el artículo 1º que establece el término para el reconocimiento de las cesantías

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

(...) 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 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 1° de enero de 1990, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, esto es el régimen anualizado de cesantías.

9. CASO CONCRETO

Consejo Superior de la Judicatura

En este caso se encuentra probado que el docente RAFAEL RICARDO BERMÚDEZ TARAZONA el día 18 de Noviembre de 2016 con el radicado No. 2016-CES-392592 solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, tal como se observa la constancia de radicación (fl.79).

Ahora bien, la Secretaría de Educación de Sogamoso profirió el 30 de Enero de 2017 la Resolución N° 011 a través de la cual reconoció las cesantías parciales al señor RAFAEL RICARDO BERMÚDEZ TARAZONA, 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 15 de Diciembre 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 los cuales en el presente caso culminaron el 29 de Diciembre de 2016.

V.1.6

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 03 de Marzo de 2017, caso en el cual desde el día siguiente se empieza a causar y se hace exigible la sanción moratoria derivada del retardo en el pago de la prestación referida en favor del docente y hasta el día anterior al pago.

En el presente asunto, se observa que el demandante retiró los recursos derivados de la solicitud de sus cesantías parciales el 08 de Agosto de 2017, cuestión que no fue objeto de debate por parte del FOMAG quien guardó silencio al respecto. Ahora, pese a que el Despacho requirió al Banco BBVA en la fase de pruebas de la audiencia inicial llevada a cabo el 19 de Junio de 2019 (fls. 44-50) y posteriormente en la audiencia de pruebas surtida el 23 de Agosto de 2019 (fls. 95-103) no se aportó información relativa a la fecha en que por parte de la FIDUPREVISORA S.A. puso a disposición del beneficiario los recursos para pago de las cesantías solicitadas.

Sobre este aspecto se precisa que de acuerdo con lo establecido en el artículo 167 del CGP las partes deben probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, en el presente asunto le correspondía al FOMAG definir con precisión y claridad la fecha en la cual se pusieron la disposición del demandante los recursos provenientes del reconocimiento de sus cesantías parciales, sin embargo, no se efectuó ningún pronunciamiento al respecto ni en la contestación de la demanda ni en el escrito de alegatos de conclusión, así como tampoco se aportó prueba alguna que diera luces a cerca del particular.

Sobre la carga de la prueba, la Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 2016⁵ al estudiar esa figura procesal indicó que este deber pretende que:

"(...) 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"⁶."

Adicionalmente, se observa que es el FOMAG la parte que se encuentra en mejores condiciones de probar el hecho mencionado teniendo en cuenta su competencia como administrador de los recursos que hacen parte del pago de las prestaciones de los docentes, no siendo necesario invertir la carga de la prueba.

Corolario de lo expuesto el Despacho tomará como base para el cálculo de la sanción moratoria la fecha en que se empieza a causar la mora en el pago de la prestación al demandante, esto es el 03 de marzo de 2017.

En este orden, conforme con el marco jurídico en cita, desde el día 04 de Marzo de 2017 y hasta el 07 de Agosto de 2017, transcurrieron **157 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.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-086 del 24 de Febrero de 2016, MP Jorge Iván Palacio Palacio

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-733 de 2013.

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 2017.

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 28 de Agosto de 2017 ante la Secretaría de Educación de Sogamoso, 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 Rafael Ricardo Bermúdez Tarazona, 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 157 días y no el señalado en la demanda, por las razones expuestas.

10. DE LAS EXCEPCIONES

Tal como se advirtió con anterioridad, la Nación- Ministerio de Educación Nacional – FOMAG no contestó la demanda, por sustracción de materia no propuso excepciones, sin embargo, el Despacho estudiará de oficio la excepción de *prescripción*.

Para ello debe tomarse en consideración que la excepción no se configura por cuanto la sanción moratoria inició a causarse desde el 03 de Marzo de 2017, la reclamación administrativa del derecho tuvo lugar el 28 de Agosto de 2017 (fls.24-26) y la demanda se interpuso el 06 de Noviembre de 2018, 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

Se advierte que de conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 "Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022", la entidad territorial será responsable por la sanción moratoria en el pago de las cesantías 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 solo será responsable por el pago de las cesantías.

En el presente asunto la solicitud de cesantías parciales se radicó el 18 de Noviembre de 2016 y de acuerdo con lo establecido en el artículo 336 *idem*, el artículo 57 referido entró en vigencia el 25 de Mayo de 2019, luego, como la norma del Plan de Desarrollo no se encontraba vigente al momento de la radicación de la solicitud no es procedente vincular a la Secretaría de Educación de Sogamoso como ente territorial encargado del reconocimiento de las cesantías deprecadas.

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.112) 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.

117

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

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

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

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

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

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

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

13. CONDENA EN COSTAS

Teniendo en cuenta que las pretensiones prosperan de forma parcial, el Despacho no impondrá condena en costas de conformidad con el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., suerte que siguen las agencias en derecho, toda vez que si bien se accede a la nulidad del acto ficto derivado de la petición del 28 de Agosto de 2017 y se ordena el restablecimiento del derecho, no se hace con el alcance solicitado en la demanda en cuanto a la sanción moratoria desde el 16 de febrero de 2017, sino desde el 4 de marzo de 2017 y no se accede a la indexación.

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 radicada el 28 de Agosto de 2017 por el señor RAFAEL RICARDO BERMÚDEZ TARAZONA en la cual solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Segundo.- Declarar no fundada la excepción de *prescripción* estudiada de oficio por el Juzgado.

Tercero.- Declarar ~~la nulidad del acto ficto o presunto derivado~~ de la petición radicada el 28 de Agosto de 2017, por medio de la cual la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le negó al señor RAFAEL RICARDO BERMÚDEZ TARAZONA el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío del auxilio de sus cesantías parciales.

Cuarto.- A título de restablecimiento del derecho, **condenar** a la Nación-Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG a reconocer, liquidar y pagar, en favor del señor RAFAEL RICARDO BERMÚDEZ TARAZONA, identificado con C.C. No.74.170.518 de Soatá, 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. 011 del 30 de Enero de 2017, 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 04 de Marzo del 2017 al 07 de Agosto de 2017, Total **157 días** de sanción.

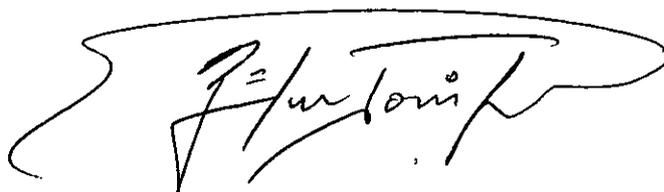
Quinto.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

Sexto.- Sin condena en costas en esta instancia

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

Octavo.- 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