

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

Sala de Oralidad

M.P. Luis Eduardo Collazos Olaya

Ibagué, doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 73001-33-33-007-2019-00414-01
Demandante: Martha Cecilia Castro Maldonado
Apoderado: Huillman Calderón Azuero
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – FNPSM
Apoderado: Jenny Alexandra Acosta Rodríguez
Demandado: Departamento del Tolima – Secretaría de Educación
Apoderado: Yaisneth Patricia Ariza Medina
Tema: Sanción moratoria

ASUNTO

Decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

La señora Martha Cecilia Castro Maldonado¹, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Tolima – Secretaría de Educación, con el fin de que se declare la nulidad del acto ficto originado de la petición presentada el 27 de marzo de 2019, que negó el reconocimiento y pago de sanción moratoria por retardo en el pago de las cesantías.

Consecuencia de la declaración anterior, a título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene a las demandadas reconocer y pagar sanción moratoria por retardo en el pago de las cesantías, correspondiente a un día de salario por cada día de mora desde el 31 de enero de 2019 hasta el 22 de marzo siguiente.

Igualmente, solicitó que se ordene el pago de intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, de acuerdo a lo reglado en los artículos 192 y 195 del CPACA.

1.1.2. Hechos

Los que tienen relevancia frente a las pretensiones son los siguientes:

¹ A través de apoderado judicial.

La demandante ejerce como docente oficial adscrita a la Secretaría de Educación del Tolima.

El 18 de octubre de 2018 solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de cesantías parciales para compra de vivienda.

A través de la Resolución 0502 de 2019 le fue reconocida la prestación solicitada.

El pago de las cesantías se efectuó por medio de entidad bancaria el 04 de febrero de 2019.

El pago de las cesantías se efectuó por fuera de los plazos establecidos en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

El 27 de marzo de 2019 reclamó el pago de sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, la cual fue denegada a través de acto ficto.

1.1.3. Concepto de violación

Indicó que la negativa del pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales desconoce la aplicación de la ley por virtud de la existencia de normas especiales a las cuales se debe recurrir por serle favorable al trabajador; posteriormente, aduce que las accionadas no dieron cumplimiento a las normas contenidas en la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006, que regulan los términos para dar respuesta a las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales.

1.2. Contestación de la demanda

1.2.1. Departamento del Tolima

El apoderado de la entidad indicó que la defensa se centra en ilustrar que las súplicas de la demanda no tienen ninguna vocación de prosperidad, ya que no es la autoridad responsable del pago de las cesantías de los docentes, cuya competencia recae en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Explicó que en la actualidad está claro que el personal docente goza de un régimen prestacional especial, que no dispone el pago de sanción moratoria por retardo en la cancelación de las cesantías.

Precisó que el acto de reconocimiento de las cesantías no fue expedido por esta autoridad sino por el representante del Ministerio de Educación, por lo tanto, el departamento no puede entrar a responder por la alegada mora en el pago de la prestación.

Insistió que “(...) **resulta improcedente emitir orden alguna en contra del Departamento del Tolima, pues, como quedó plenamente demostrado, la Secretaría de Educación Departamental al realizar un reconocimiento de cesantías de un docente lo hace en ejercicio de una función delegada por el Ministerio de Educación Nacional y no como una función propia, pues, no goza de autonomía para el reconocimiento de derechos y prestaciones.**” (Resaltado del texto original).

Señaló que la demandante no aporta prueba clara y fehaciente de la responsabilidad de esta entidad territorial respecto a las súplicas consignadas en el libelo introductorio.

Manifestó que *“(…) los actos administrativos que reconocen cesantías se encuentran condicionados a turno y disponibilidad presupuestal, esto implica que hasta tanto no llegue el turno de atención a la solicitud y no se cuente con el presupuesto para cubrir la necesidad, no le es exigirle a la entidad pagadora la efectivización del pago, sin que ello permita deducir el desconocimiento y/o vulneración del derecho; contrario a ello, obedece al principio de igualdad que le asiste al administrado.”* (sic).

Agrega, que en caso de llegar a encontrarse configurada la alegada mora y por ende, la condena al reconocimiento y pago de la misma, las órdenes a que haya lugar deben emitirse en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que la Administración Departamental no está legitimada para responder económicamente con ocasión de actos administrativos que fueron expedidos en representación de la Nación – Ministerio de Educación y sobre los cuales no goza de autonomía, razón suficiente para estimar que no se debe afectar el patrimonio del Departamento del Tolima, para el pago de una eventual condena.

También formuló las excepciones que denominó: i) *“IMPROCEDENCIA PAGO SANCION MORATORIA AL PERSONAL DOCENTE”*, ii) *“IMPROCEDENCIA PAGO SANCIÓN MORATORIA CON RECURSOS DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA”*, iii) *“COBRO DE LO NO DEBIDO FRENTE AL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA”*, iv) *“IMPOSIBILIDAD DE ACCEDER A LA INDEXACIÓN DE LAS SUMAS DE DINERO QUE EVENTUALMENTE SE LE RECONOCIERAN AL ACTOR POR LA PRESUNTA SANCIÓN MORATORIA”*, y, v) *“RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES”*.

1.2.2. Nación - Ministerio de Educación – FNPSM

Se opuso a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Expresó que, pese a la unificación jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en los años 2017 y 2018, respectivamente, en donde se sostiene que la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías sí es aplicable al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cierto es que ella no está prevista en la Ley 91 de 1989 ni en la Ley 962 de 2005.

Adiciona que, la presencia de problemas operativos en las entidades territoriales impide el cumplimiento de los términos para proyectar las respectivas resoluciones que reconocen las prestaciones sociales de los educadores nacionales afiliados al FOMAG, y por ello, con la expedición de la Ley 1955 de 2019 se modificó el procedimiento para el reconocimiento de cesantías por parte de las entidades territoriales certificadas, ajustando los términos para resolver las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales del magisterio, quedando sujetas al turno de radicación y a la disponibilidad presupuestal que exista para el pago.

Precisa las circunstancias en donde no se puede imputar responsabilidad a su representado por la mora en el pago de las cesantías, tales como: i) en la expedición del acto administrativo, fruto de una demora de la entidad territorial en enviar el proyecto de acto administrativo o en expedirlo luego de recibida la aprobación por parte de la sociedad fiduciaria; ii) en la expedición del acto administrativo, producto

de la demora de la sociedad fiduciaria en hacer la revisión respectiva; iii) una vez expedido el acto administrativo, por demoras en la notificación del mismo, o iv) una vez expedido y notificado el acto administrativo, por demoras por causas de falta de disponibilidad presupuestal.

De otro lado, solicitó que, si hay lugar a una sentencia condenatoria, no haya condena en costas.

Para sustentar las razones de defensa el apoderado de esta entidad propuso las siguientes excepciones:

-. Improcedencia de la indexación de las condenas. Aduce que de llegarse a encontrar que a la demandante le asiste derecho a la sanción moratoria que reclama, esta pretensión no es subsidiaria de la indexación de las condenas, por ser inaplicables entre sí, dado que la misma pretensión principal es una sanción que se le causa al ente público, y no debe causarse una doble sanción sobre un mismo derecho. Agregó, que la indexación se encuentra proscrita por vía jurisprudencial y en tal sentido hace mucho más gravosa la situación económica de la administración, pues pasa por alto que este emolumento no solo cubre la actualización monetaria al momento del pago, sino que también supera el valor que se debiera cancelar, carga que le será excesiva para la administración.

-. Prescripción. Indica que sin aceptar la responsabilidad de la entidad sobre la sanción moratoria reclamada, propone esta excepción, toda vez que cualquier derecho que se hubiere causado en favor del mismo, quedará cobijado por el fenómeno de la prescripción, que es la formalización de una situación generada por el paso del tiempo, lo que produce la adquisición o la extinción de una obligación, es decir, el derecho a desarrollar una determinada acción puede extinguirse cuando pasa una cierta cantidad de tiempo.

-. Compensación. Pide que se declare esta excepción respecto de cualquier suma de dinero que haya sido cancelada a favor de la demandante.

1.3. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021, sobre el asunto de que trata este proceso, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones denominadas “Improcedencia pago de la sanción moratoria con recursos del Departamento del Tolima” y “Cobro de lo no debido frente al Departamento del Tolima”, propuesta por el Departamento del Tolima- Secretaría de Educación y Cultura Departamental, conforme con lo esbozado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones denominadas “Improcedencia de la indexación de las condenas”, “Prescripción”, “Compensación”, “Condena en Costas” y “Excepción Genérica”, propuestas por la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con los argumentos expuestos en precedencia.

TERCERO: DECLARAR acaecido el fenómeno del silencio administrativo negativo en relación con la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción

moratoria por el pago tardío de las cesantías de la demandante, elevada el día 27 de marzo de 2019 ante la entidad demandada.

CUARTO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la petición del 27 de marzo de 2019, mediante el cual se negó a la señora **MARTHA CECILIA CASTRO MALDONADO**, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006, como consecuencia del pago tardío de sus cesantías, con base en los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a reconocer y pagar a favor de la señora **MARTHA CECILIA CASTRO MALDONADO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.853.137 expedida en Bogotá, lo siguiente: **i)** un día de salario por cada día de retardo por concepto de la sanción moratoria prevista en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por los 42 días de retardo en el pago de sus cesantías parciales con destino compra de vivienda, contados a partir del 01 de febrero de 2019 al 14 de marzo de 2019, liquidada con base en la asignación básica devengada por la demandante, para el año 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia; **ii)** la indexación sobre la anterior suma de dinero, a partir del 15 de marzo de 2019 hasta la ejecutoria de la sentencia, en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, y **iii)** intereses sobre la suma reconocida, a partir del día siguiente de la ejecutoria de la sentencia, según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTO: Condenar en costas en esta instancia a la Entidad demandada. Por secretaría procédase a su liquidación, para ello se fijan como agencias en derecho a cargo de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, el equivalente al diez por ciento (10%) del valor de las pretensiones de la demanda, conforme a lo dispuesto en el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura.

SÉPTIMO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.
(...)"

La decisión antepuesta se sustenta en que se acreditó en el proceso que a favor de la demandante se causó sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, desde el 01 de febrero de 2019 al 14 de marzo de 2019.

El *a quo* precisó que de acuerdo a lo probado en el proceso el día 18 de octubre de 2018 la actora radicó ante la Secretaría de Educación del Tolima solicitud de pago de cesantías parciales, con destino a compra de vivienda; la cual le fue reconocida a través de la Resolución No. 0502 del 04 de febrero de 2019; y, cuyo valor fue puesto a su disposición, el 15 de marzo de 2019.

En orden a lo anterior, concluyó que la parte demandada tenía hasta el 31 de enero de 2019 para reconocer y pagar las cesantías reclamadas por la accionante, así que, como no lo hizo en término, incurrió en mora a partir del 01 de febrero de 2019,

la cual se extendió hasta el 14 de marzo de 2019, día anterior al pago de la prestación (15 de marzo de 2019), generándose un retardo de 42 días.

De otro lado, señaló que pese a que la entidad demandada hace alusión al procedimiento establecido en la Ley 1955 de 2019 para atribuir parte de la responsabilidad a la entidad territorial, lo cierto es que ello no se tendrá en cuenta en esta ocasión, pues la mentada disposición legal entró en vigencia el 25 de mayo de 2019, esto es, con posterioridad a la fecha en que cesó la mora, razón por la cual, en el presente asunto es el FOMAG la entidad que incurrió en mora en el pago de las cesantías de la demandante, sin que haya lugar a efectuar más pronunciamientos sobre este argumento expuesto por el extremo pasivo.

Respecto a indexación y el reconocimiento de intereses moratorios, se expuso:

“En lo que respecta al reconocimiento de la indexación, resulta oportuno precisar, que en la sentencia de unificación del año 2018, se advierte que la negativa al reconocimiento de la indexación se basa en la causación coetánea de la sanción y de la actualización en comento, y es por ello, que en sentencia posterior proferida el 26 de agosto de 2019, esa misma Corporación aclaró que la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante los días de su causación era improcedente pero que el valor total generado por mora sí podría ser ajustado en su valor desde la fecha en que cesó su causación hasta la ejecutoria de la sentencia, en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, y a partir del día siguiente de la ejecutoria de la sentencia, las sumas reconocidas generarían intereses, según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

En consecuencia, en el sub examine, habrá de reconocerse la indexación sobre el valor de la mora generada, reconocidos por concepto de los 42 días de retardo por el pago de las cesantías parciales con destino a compra de vivienda, a partir del 15 de marzo de 2019 y hasta la ejecutoria de la sentencia, en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, así como también, se generarán intereses a partir del día siguiente de la ejecutoria de la sentencia, según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.”

1.4. El recurso de apelación

El apoderado de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, formuló recurso de apelación contra la decisión anterior en punto a la indexación y a la condena en costas.

Sobre la improcedencia de la indexación, indicó:

“En este estadio no hace falta hacer mayor disertación sobre el tema debido a que lo relativo a la indemnización por mora no es objeto de indexación, situación que ha sido suficientemente decantada, pues el Consejo de Estado, en Sala Plena de la Sección Segunda, acogió la posición de la Corte Constitucional mediante una sentencia de Unificación, precisó algunas reglas sobre el salario base para calcular la sanción por mora y determinó que la indexación no procedía respecto de la sanción por mora. Distinguió las funciones de las cesantías y de la sanción por mora. Indicó que esta última se trata de una multa que se “consagró con el fin de conminar a las entidades encargadas al pago oportuno de la prestación social del auxilio de cesantías, ya que generalmente como consecuencia de la burocracia, la tramitología era común la demora en el citado pago”. Es decir, se trata de una “sanción o

penalidad” que busca el pago oportuno de las cesantías, pero no compensa al trabajador ni lo indemniza. No se trata, entonces, de un derecho laboral: (...)

Todo lo anterior lleva a concluir la existencia de una falacia lógica en tanto la conclusión a la que se arriba en la referida providencia, no deriva de la premisa sobre la cual presuntamente se funda, siendo procedente acudir a los argumentos que fueron expuestos en la parte considerativa de la sentencia de unificación para concluir forzosamente la improcedencia de la indexación y/o ajuste de valor respecto de la sanción por mora en el pago de las cesantías contenida en la Ley 1071 de 2006.

*Postura que fuere rectificada y consolidada por el H. Consejo de Estado en sentencias de la Sección Segunda, Subsecciones A y B, a saber, las proferidas dentro de los expedientes con radicado No. 73001-23-33-000-2014-00767-01(0920-16) y, 08001-23-31-000-2011-00826-01(4025-14), en donde se aclaró que **NO PROCEDE EL RECONOCIMIENTO DE INDEXACIÓN O ACTUALIZACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA.***

*En efecto el entendimiento señalado se consigna por el Consejo de Estado (...) en la que precisó “...Finalmente, y en relación con la situación de todos los demandantes, la Sala debe decir que **no procede el reconocimiento de la indexación** o actualización de la indemnización moratoria, **según se dejó sentado en la providencia de unificación** proferida por esta Corporación el 18 de julio de 2018, según la cual «es improcedente la indexación de la sanción moratoria» (Resaltado fuera de texto); y en la sentencia proferida en esa misma fecha por la **Subsección “B”** (...) en la que se dijo “...En cuanto a la indexación, la Sala considera que en el caso bajo estudio no es procedente ordenar que los valores de la condena sean actualizados en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que dicho ajuste es Incompatible con el reconocimiento de la sanción moratoria porque conllevaría a la aplicación de una doble penalidad de carácter económica.*

*Todo lo anterior permite concluir que tal y como se ha dispuesto porto jurisprudencia del H. Consejo de Estado, **NO RESULTA PROCEDENTE EMITIR CONDENA TENDIENTE AL RECONOCIMIENTO DE INDEXACIÓN Y/O ACTUALIZACIÓN DE VALOR RESPECTO DE LA SANCIÓN POR MORA.***” (sic). (Resaltados, negrillas y mayúsculas sostenidas son de la parte recurrente)

De otro lado, indicó que debía revocarse la condena en costas en razón a que la entidad demandada no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial.

1.5. Concepto del Ministerio Público en segunda instancia

Guardó silencio en esta etapa procesal.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

El presente asunto es competencia de esta Corporación de conformidad a lo establecido en el artículo 153 del CPACA, según el cual los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas por

los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

De otro modo, esta Sala se ceñirá a lo reglado en el artículo 328 del CGP, por remisión del artículo 306 del CPACA; en cuanto a que se hará pronunciamiento únicamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin dejar de lado las decisiones que se deban adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

2.2. Procedibilidad del recurso de apelación

Acorde con lo señalado en el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, son apelables las sentencias de primera instancia, circunstancia que es la que se avizora en el presente caso.

2.3. Problema jurídico

De acuerdo con el recurso de apelación², corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si, tras haber sido declarada en primera instancia la nulidad del acto acusado y ordenado el pago de la sanción moratoria por el período comprendido entre el 01 de febrero de 2019 al 14 de marzo de igual año, se debe o no actualizar dicha condena, como lo concluyó el *a quo*.

También, deberá determinar si es viable la condena en costas en contra de la parte vencida.

2.3.1. Tesis de la Sala

Se confirmará el fallo recurrido en razón a que si bien es cierto que no procede la indexación del capital base de liquidación, esto es, el reajuste de la asignación básica con la cual debe ser calculada la sanción, no lo es menos que se trata de asuntos distintos y ello no es óbice para dar aplicación al artículo 187 (inciso final) del CPACA, en el sentido de actualizar las sumas líquidas de dinero que correspondan a la condena irrogada, como lo determinó el *a quo*. Además, tampoco tiene vocación de prosperar el argumento del apelante para ser relevado de la condena en costas porque la imposición se ajusta a derecho, toda vez que se hizo en la sentencia y en contra de la parte que se opuso al reconocimiento de un derecho subjetivo amparado en sustento legal.

2.4. Análisis de la Sala

Sobre el primer aspecto objeto de alzada, cabe precisar que si bien la normativa no contempla la actualización para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado que en economías inestables como la nuestra el mecanismo de la indexación de las obligaciones dinerarias se convierte en un factor de equidad y de justicia, que permite el pago del valor real de las acreencias, pues cualquier reconocimiento sin tener en cuenta el aumento de valor del dinero resulta inequitativo y hace que la prestación se liquide con montos empobrecidos.

En efecto, en sentencia de 15 de noviembre de 1995, nuestro máximo órgano de

² Según el artículo 328 del Código General del Proceso, «El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley»; asimismo, «El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella».

cierre, expediente 7760, con ponencia del doctor Joaquín Barreto Ruiz, consideró que la indexación no solo tiene un sustento legal en materia contencioso-administrativa, sino que es un acto de elemental equidad, cuyo soporte constitucional se encuentra en el artículo 230, en armonía con aquellos conceptos de la Constitución que le asignan a las autoridades la función de asegurar el cumplimiento de los fines sociales del Estado, el respeto a la dignidad humana y al trabajo, dentro de la vigencia de un orden justo, por lo que no disponer el ajuste sería no solo un agravio a la integridad patrimonial de quien ha resultado triunfante en el ejercicio de la acción judicial, sino también un enriquecimiento sin causa de quien en su negativa de reconocer oportunamente sus obligaciones, resulta haciendo a la postre una erogación menor a la que debía efectuar si hubiese cancelado en tiempo su obligación.

Tal actualización resulta procedente no solo por vía judicial, sino que también se puede pagar en sede administrativa, comoquiera que es un beneficio legal que garantiza los principios de equidad y justicia, en virtud de los cuales se conserva la capacidad adquisitiva. Así lo ha estimado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“Como lo ha sostenido la Sala, el ajuste de valor obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que disminuye en forma continua el poder adquisitivo del ingreso, por lo que disponer la indexación, en casos como el presente, es una decisión ajustada a la ley y un acto de equidad, cuya aplicación por parte del juez encuentra sustento en nuestro máximo ordenamiento jurídico, como expresamente lo consagra el artículo 230 de la Carta.

No hay duda entonces que tiene aplicación el principio “pro operatio” a que alude el artículo 230 Superior, que consagra la equidad como un criterio del que se auxilia el sentenciador para fundar su decisión.

Actualizar el pago de las sumas que la administración debía a la parte actora y que canceló tiempo después de su causación, es la única forma de impedir que la demandante se vea obligada a percibir un ingreso devaluado, de manera que represente el valor real al momento de su pago efectivo; por ello, se debe reconocer que las sumas no canceladas en tiempo sufrieron los rigores del deterioro inflacionario. Lo contrario implica desconocer no solo el hecho palmario de la inflación, sino desoír claros principios de equidad. Esta Corporación ha venido decantando estos criterios, variando la jurisprudencia que otrora existía.

[...]

No se trata de meros conceptos retóricos, sino de conceptos normativos con plenitud de efectos jurídicos, cuyo instrumento de eficacia es el juez. En esa medida, al invocar las razones de equidad y de justicia como sustento, lo que se hace es dar aplicación al modelo constitucional garantista en el que la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma, ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución. Ello por sí habría legitimado la decisión de la administración de actualizar los pagos extemporáneos que efectuó. Como no ocurrió así, procede a esta Sala ordenarlo mediante este proveído”³ (se subraya).

³ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia de 13 de julio de 2006, expediente 73001-23-31-000-2002-00720-01(5116-05).

Por su parte, el artículo 187 del CPACA estableció el ajuste de valor de las condenas proferidas por esta jurisdicción, indexación que no debe ser desconocida, en virtud del principio *pro homine*⁴.

A su turno, en el tema específico de la sanción moratoria, en sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018⁵, el Consejo de Estado sostuvo:

“190. 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.

191. En suma, 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, razón por la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.”

En consecuencia, se advierte que si bien es cierto que no procede la indexación del capital base de liquidación, esto es, el reajuste de la asignación básica con la cual debe ser calculada la sanción, no lo es menos que se trata de asuntos distintos y ello no es óbice para dar aplicación al artículo 187 (inciso final) del CPACA, en el sentido de actualizar las sumas líquidas de dinero que correspondan a la condena irrogada, como lo determinó el *a quo*.

La conclusión anterior encuentra respaldo en reciente decisión adoptada por el Consejo de Estado⁶, en que indicó:

“(…) no es viable ordenar el ajuste de valor de la sanción moratoria, a título de indexación, tal como se resolvió en primera instancia, pero que lo anterior no implicaba desconocer el ajuste de la eventual condena, en los términos del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Es decir que sí es viable disponer el ajuste de la condena, en tanto que ello comprende un imperativo legal, derivado de la norma en cita, en el entendido de que la condena conlleva el pago de una suma líquida de dinero, lo que no es igual a reconocer, en forma simultánea, indexación y sanción moratoria.” (Se resalta)

Valga reiterar que en la propia sentencia de unificación empleada como precedente en este fallo, en su parte resolutive se determinó como regla de unificación la siguiente:

⁴ V. gr. Art. 5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); art. 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 5 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); art. 1.1. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; art. 41 Convención sobre los Derechos del Niño.

⁵ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, expediente 73001-23-33-000-2014-00580-01.

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Radicación número: 68001-23-33-000-2018-00071-01(4850-19).

*“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.**”*

En las anteriores condiciones, la Sala concluye que el *a quo* aplicó, en su integridad, el precedente sobre la materia, el cual permite disponer la aplicación del artículo 187 de la ley 1437 de 2011, para efecto de ajustar la condena.

De otro lado, la parte recurrente argumenta que debe ser relevada de pagar constas procesales por no haber realizado actos dilatorios, temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento.

Pues bien, de acuerdo con el artículo 188 del CPACA, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas.

Ahora, en esta jurisdicción en materia de imposición de costas se aplica la norma en cita, toda vez que la remisión al Código General del Proceso, de acuerdo a la misma disposición, se desprende que se hace **solo** en lo que respecta a su liquidación y ejecución.

En sentencia proferida el 01 de abril de 2016 por el Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso con radicado 7001-23-33-000-2013-00065-01 promovido por el señor Ramiro Antonio Barreto Rojas contra la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, se enfatizó en que el Juez Contencioso Administrativo no está atado a los postulados dispuestos en el artículo 365 del CPG para la imposición de costas. Sobre el particular la sentencia en comento reza:

“(...) a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CPG), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. (Subrayado fuera del texto)”

Con fundamento en las consideraciones antes expuestas, la misma Corporación, en sentencia del 18 de agosto de 2018 dentro del proceso con radicado 73001-23-33-000-2014-00723-01, sostuvo:

“(...) esta Sala considera que la referida normativa (se refiere al artículo 188 del CPACA) deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que los resultados del proceso le fueron desfavorable a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe (...)”.

En este orden, la imposición de costas comporta un análisis subjetivo del juez contencioso limitado solo por juicios de ponderación que pueden ir desde la temeridad hasta el cambio de precedente jurisprudencial, pasando por criterios de orden económico, entre otros.

Ahora, de acuerdo a la providencia recurrida el Juez condenó en costas a la entidad demandada, lo cual resulta razonable puesto que la parte actora debió desplegar todo un proceso judicial para el reconocimiento de un derecho subjetivo amparado en norma legal.

Además de lo antes expuesto, está el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adiciona el artículo 188 del CPACA, el cual establece que, en todo caso, en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, que no es lo que ocurrió en el presente asunto, ya que los pedimentos de la actora encuentran sustento en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, así que la misma norma permite inferir que cuando sea la administración la que se opone al reconocimiento de un derecho con sustento legal, pues debe ser condenada en costas.

Así las cosas, se insiste que no le asiste razón al recurrente respecto al cargo formulado frente a la condena en costas. Ahora, vale aclarar que respecto al monto de las agencias en derecho no se emite pronunciamiento alguno en razón a que no fue objeto de reproche.

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia de primera instancia, que accedió a las súplicas de la demanda.

2.5. Costas procesales

Pese a que la providencia recurrida será confirmada en su totalidad, no se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada, como quiera que lo cierto es que no se demostró su causación, prueba de ellos es que no intervino la parte contraria en estas diligencias.

2.6. Otras consideraciones

Advierte la Sala que, dada la situación actual de emergencia sanitaria generada por el COVID-19 la presente providencia será estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos, en cumplimiento a las directrices del Gobierno Nacional y del Consejo Superior de la Judicatura -distanciamiento social aislamiento, trabajo en casa, uso de medios electrónicos-, para evitar la propagación de los efectos adversos de este virus.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Oralidad del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta sentencia comuníquese la decisión al Juzgado de origen para lo de su competencia, y se harán las anotaciones pertinentes en el programa informático “SAMAI”.

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada en Sala a través del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Los Magistrados



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA