



JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sección Segunda
Carrera 57 N° 43-91 – Sede de Despachos Judiciales - CAN
Jueza, CATALINA DÍAZ VARGAS

Bogotá, D.C., 26 de junio de 2018, hora: 3:00 p.m.

ACTA DE AUDIENCIA INICIAL CON FALLO
(Artículo 183 Ley 1437 de 2011)

Expediente: 11001-33-35-016-2017-00129-00
Demandante: KAROL MARCELA CASTILLO AGUDELO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO

Tema: Indemnización por mora en el pago de las cesantías definitivas
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral

1.- ASISTENTES Numerales 2 y 4, Artículo 180 Ley 1437 de 2011

1.1. Parte demandante: Se reconoce personería adjetiva a la Abogada JINETH ZUJEY GÓMEZ CALVO, identificada con C.C. N° 1.030.536.490 y T. P. N° 253.173 del C. S. de la J., como apoderada de la parte demandante, conforme a la sustitución del poder conferida por el Abogado JULIÁN ANDRÉS GIRALDO MONTOYA, quien funge como apoderado principal de la parte actora y se encuentra reconocido como tal en el presente asunto. Se incorpora al expediente en un (01) folio la sustitución del poder.

Esta decisión quedó notificada en estrado.

1.2. Parte demandada – Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Se reconoce personería adjetiva a la Abogada LINDA SORAYA VELASCO LOZANO, identificada con C.C. N° 52.706.787 y T. P. N° 259.212 del C. S. de la J., como nueva apoderada de la entidad demandada, conforme a la sustitución del poder conferida por la Abogada DIANA MARITZA TAPIAS CIFUENTES, quien funge como apoderada principal de la entidad y se encuentra reconocida como tal en el presente asunto. Se incorpora al expediente en un (01) folio la sustitución del poder.

Esta decisión quedó notificada en estrado.

2. SANEAMIENTO DEL PROCESO Numeral 5, Artículo 180 Ley 1437 de 2011

El Despacho indagó a los apoderados de las partes si hasta este momento procesal advierten algún vicio del proceso que deba ser saneado.

Los apoderados de las partes no encontraron vicios en el procedimiento.

Una vez revisadas las actuaciones hasta este momento surtidas en el proceso, el Despacho tampoco encontró vicios que impidan su continuación.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

3. EXCEPCIONES PREVIAS Numeral 6, Artículo 180 Ley 1437 de 2011

Previo a resolver las excepciones propuestas, advierte el Juzgado que la entidad demandada allegó al expediente dos memoriales a través de los cuales manifiesta contestar la demanda, sin embargo, el Juzgado solo tendrá en cuenta el radicado el 18 de enero de 2018 (fls. 56-63), de una parte, porque fue presentado en tiempo conforme la constancia Secretarial que reposa a folio 74 del expediente y de otra parte, porque el profesional del derecho que contestó en la segunda oportunidad lo hizo de manera extemporánea y además no presentó poder para actuar como apoderado de la entidad demandada en el asunto de la referencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, procedió el Despacho a resolver las excepciones propuestas por la Nación - Ministerio de Educación Nacional, verificando previamente que de ellas se haya dado traslado conforme al parágrafo 2º, artículo 175 de la Ley 1437 de 2011 como en efecto ocurrió (fl. 64). La parte demandante no se pronunció al respecto (fl. 74).

La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio propuso las siguientes excepciones (fls. 56-58):

- 1) Falta de legitimidad por pasiva.
- 2) Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley.
- 3) Prescripción.

RESOLUCIÓN DE LAS EXCEPCIONES

1. La excepción denominada *falta de legitimidad por pasiva*, la sustenta el Ministerio de Educación Nacional argumentando que le corresponde a la Secretaría de Educación del ente territorial certificado realizar los proyectos de resolución y quien realiza el pago de las prestaciones del personal docente es la Fiduciaria la Previsora S.A., en consecuencia, solicita que de existir una eventual condena se haga frente a la Secretaría de Educación y no contra esa entidad.

El Despacho declara no probada esta excepción, por cuanto de conformidad con lo establecido en el artículo 9¹ de la Ley 91 de 1989; el artículo 180² de la Ley 115 de 1994 y el artículo 56³ de la Ley 962 de 2005, las prestaciones sociales serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y reconocidas por la Nación a

¹ "Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales."

² "Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará además, la firma del Coordinador Regional de prestaciones sociales."

³ "Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial."

través del Ministerio de Educación Nacional a través de las Secretarías de Educación de los entes territoriales, tanto aquellas prestaciones que reconoce las cesantías, como las que reglamentan la mora por el no pago oportuno de las mismas.

Y así lo señaló el Consejo de Estado en reciente jurisprudencia⁴, al concluir que el responsable de la sanción por mora es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando expuso “En conclusión: el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías”.

La postura anterior fue reiterada por la Alta Corporación mediante auto interlocutorio N° O -087-2018 proferido el 26 de abril de 2018 dentro del proceso N° 68-001-23-33-000-2015-00739-01 (0743-2016), en el que indicó que “...el Despacho rectifica la posición asumida mediante providencia de 11 de diciembre de 2017, y reitera la interpretación pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado, consistente en que en los procesos judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos ante esta jurisdicción contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los que se discuta el reconocimiento de prestaciones sociales, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales. Esto, ya que las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos proferidos en virtud de la desconcentración administrativa dada en las secretarías de educación territoriales de los entes certificados, radican única y exclusivamente en la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio...” (Subraya el Juzgado). Lo anterior aplica de igual forma a la Fiduciaria la Previsora S.A., entidad que únicamente administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2. En cuanto a las excepciones de *inexistencia de la obligación con fundamento en la ley y prescripción*, observa el Despacho que no constituyen excepciones previas, sino que se trata de argumentos de defensa encaminados a atacar el derecho sustancial reclamado por la accionante, razón por la cual se desatarán con la decisión de fondo a que haya lugar.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

4. FIJACIÓN DEL LITIGIO – Artículo 180-7 Ley 1437 de 2011

Una vez resueltos los puntos anteriores, el Despacho de manera previa enuncia los hechos en que están de acuerdo las partes y posteriormente procede a fijar el objeto del litigio, así:

Hechos en que están de acuerdo las partes:

Los hechos en los que están de acuerdo las partes se encuentran demostrados con documentos aportados por la parte demandante, expedidos por la entidad demandada y no fueron tachados de falsos:

⁴ Consejo de Estado 16 de noviembre de 2016. C.P. William Hernández Gómez. Radicado No. 66001-23-33-000-2013-00190-01. Demandante Fabio Ernesto Rodríguez Díaz.

- a) De la Resolución N° 0252 del 14 de enero de 2016, se extrae que el 8 de octubre de 2015 la demandante solicitó ante la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. el reconocimiento y pago de las cesantías parciales para la compra de vivienda, (fotocopia informal reposa a folios 7-9 del expediente).
- b) La Secretaría de Educación de Bogotá D.C., en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante la Resolución N° 0252 del 14 de enero de 2016, reconoció y ordenó el pago de las cesantías parciales para compra de vivienda a la señora KAROL MARCELA CASTILLO AGUDELO, en la que autorizó pagar la suma de \$7'150.931, de los cuales se autorizó pagar como valor neto la suma de \$5'000.000 (fls. 7-9).
- c) El 24 de octubre de 2016 la demandante, por medio de apoderado realizó una petición ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitando el reconocimiento y pago la sanción por mora en el pago de las cesantías parciales, (fotocopia informal reposa a folios 3-5 del expediente).
- d) El Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no resolvió la anterior petición de reconocimiento y pago de la sanción por mora, razón por la cual operó el silencio administrativo negativo, cuyo acto ficto es objeto de control de legalidad en esta demanda. En efecto, dentro del expediente no hay prueba de la respuesta expresa de la entidad.
- e) En el hecho quinto de la demanda la parte demandante manifestó que el pago de las cesantías se realizó el 12 de mayo de 2016 (fl. 23) y la entidad demandada aceptó este hecho en la contestación de la demanda (fl. 56). En efecto, conforme al comprobante de pago expedido por el banco BBVA que reposa en fotocopia informal a folio 10 del expediente se verifica que las cesantías fueron cobradas por la actora el 27 de mayo de 2016.
- f) Se tienen en cuenta las demás pruebas aportadas con la demanda.

Se les concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes para que manifiesten si están de acuerdo con los hechos y las pruebas que se relacionaron.

El apoderado de la parte demandante manifiesta que está de acuerdo con las pruebas y lo expuesto por el Juzgado.

La apoderada de la entidad demandada manifiesta que está de acuerdo con las pruebas y lo expuesto por el Juzgado.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

Fijación del litigio

Acordado lo anterior, el litigio se concreta en establecer si la señora KAROL MARCELA CASTILLO AGUDELO tiene derecho al pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, de conformidad con lo previsto en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Se les concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes para que manifiesten si están de acuerdo con la fijación del litigio.

Los apoderados de las partes manifiestan que están de acuerdo con la fijación del litigio expuesta por el Juzgado.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

5. CONCILIACIÓN – Artículo 180-8 Ley 1437 de 2011

Se le pregunta a la *apoderada de la entidad demandada* si tiene fórmulas de arreglo o conciliación respecto del presente litigio.

La apoderada de la entidad demandada manifiesta que no tiene fórmula de arreglo frente a este proceso.

En vista que no existe ánimo conciliatorio de la entidad demanda, se declara fallido el intento de conciliación y se continúa con el curso de la audiencia en la etapa siguiente.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

6. Pruebas – Artículo 180-10 Ley 1437 de 2011

1. Pruebas solicitadas por la parte demandante (fl. 33): Con el valor probatorio que corresponde otorgarles se tienen como pruebas las aportadas en la demanda y se encuentran incorporadas a folios 3 a 19 del expediente. La parte demandante no solicitó el decreto y práctica de pruebas adicionales.
2. Pruebas solicitadas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl. 63): No solicitó el decreto y práctica de pruebas.
3. Pruebas de oficio: No es necesario decretar más pruebas de oficio, pues las obran en el expediente, son suficientes para proferir sentencia de fondo.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

7. Alegatos de Conclusión – Inciso final, Artículo 179 de la Ley 1437 de 2011

Como el asunto es de puro derecho y como se enunció no es necesario practicar más pruebas de las que obran en el expediente, el Despacho procede a escuchar a la parte demandante en alegatos de conclusión.

Alegatos de conclusión de la parte demandante: Ratifica lo consignado en el escrito de demanda. Alegatos de conclusión quedan consignados en el CD que contiene el audio y video de la presente audiencia.

Alegatos de conclusión de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Ratifica los argumentos

consignados en la contestación de la demanda. Alegatos de conclusión quedan consignados en el CD que contiene el audio y video de la presente audiencia.

8. Sentencia – Inciso final, Artículo 179 de la Ley 1437 de 2011

Escuchados los alegatos de conclusión presentados por la parte demandante, teniendo en cuenta las pruebas, los argumentos de las partes y el precedente jurisprudencial, el Despacho dictó la siguiente,

“SENTENCIA N° 097 de 2018”

De conformidad con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011, el JUZGADO 16 ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación:

PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

La señora KAROL MARCELA CASTILLO AGUDELO, solicita a esta Jurisdicción que declare la existencia y la nulidad del acto ficto proferido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, respecto de la falta de respuesta expresa a la petición del 24 de octubre de 2016, por medio del cual se le negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía, de conformidad con lo previsto en las Leyes 91 de 1989, Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que le reconozca y pague en forma indexada la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, a razón de un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma, que la entidad de cumplimiento al fallo en la forma dispuesta por el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad, (fls. 20-21).

HECHOS DE LA DEMANDA

Se plantean en la sentencia los hechos que ya quedaron relacionados en el capítulo de la fijación del litigio y que fueron aceptados por los apoderados de las partes.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante invoca como violadas las siguientes normas de rango legal: los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Sostiene que la ley estableció plazos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía de los docentes de 70 días que desconoció la entidad demandada, pues

canceló mucho después de dicho término, haciendo acreedor al accionante de la sanción por mora por el incumplimiento o retardo en el pago.

Considera que la Ley 244 de 1995 es clara en establecer que la administración cuenta con un término definitivo para la liquidación de la cesantía que buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna.

Por último, cita jurisprudencia del Consejo de Estado, en la que el máximo órgano de cierre se pronunció sobre el tema, de la forma como más adelante se manifestará el Despacho, (fls. 25-33).

Oposición a la demanda por la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

La entidad contestó la demanda mediante memorial visible a folios 56-63 del expediente, donde se opone a las pretensiones, en síntesis, al considerar que el Ministerio de Educación no es la entidad llamada a responder, por cuanto lo es la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. pues es quien realiza los proyectos de resolución de reconocimiento de prestaciones de los docentes.

Problema jurídico

Debe resolver el Juzgador si la parte demandante tiene derecho al pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, las cuales corresponden a un día de salario por cada día de retardo, de conformidad con lo previsto en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Para resolverlo tendremos en cuenta las premisas fácticas, las premisas normativas y lo que al respecto señala el precedente jurisprudencial.

NORMAS APLICABLES Y EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989, la cual dispuso que el mencionado fondo atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentran vinculados a la fecha de promulgación de la mencionada ley, aquellos docentes que se vinculen con posterioridad a la fecha de promulgación de la mencionada ley, se regirán por el artículo 15 de la misma, la cual establece que los docentes nacionales les corresponde aplicarles las disposiciones de los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Concretamente, el Decreto 1045 de 1978, hace mención al auxilio de cesantía indicando los factores de salario que se tienen en cuenta para la liquidación de las mismas y respecto de las solicitudes y decisiones sobre prestaciones sociales señala que debían ser reconocidas y pagadas dentro de los 90 días siguientes al retiro del servicio.

Posteriormente, la Ley 244 de 1995⁵ modificó el plazo de 90 días que tenía la entidad para el reconocimiento de las prestaciones previstas en el Decreto 1045 de 1978. La mencionada ley en sus artículos 1º y 2º, sostuvo que la entidad empleadora o la que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías tiene un término de 15 días contados a partir de la presentación de la petición para expedir la resolución correspondiente, siempre y cuando el peticionario haya reunido todos los requisitos que exige la ley, posteriormente la entidad tendrá hasta 45 días contados a partir de que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación y pago de cesantías del servidor público para cancelar dicha prestación social; en caso de que haya mora en el pago de las cesantías la entidad está obligada a reconocer y pagar de sus propios recursos un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas. Lo anterior siempre y cuando se acredite la no cancelación dentro del término mencionado, es decir, 45 días contados a partir de que el acto administrativo quedé en firme.

Es decir, tanto la Ley 244 de 1995 como la Ley 1071 de 2006⁶ se aplican a todos los servidores del Estado sin excepción alguna, incluidos los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro. Concretamente, la Ley 1071 de 2006 fue muy clara en estipular que el objeto de esta ley es *“reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación”*, y en el artículo 2º al determinar el campo de aplicación, dispuso que *“son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro”*.

Así las cosas, la entidad pública pagadora tiene la obligación de expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías en un término máximo de 15 días siguientes a la presentación de la solicitud, o una vez el solicitante haya aportado la totalidad de los documentos; después de la ejecutoria del acto de reconocimiento⁷, tiene 45 días para pagar las cesantías, so pena de incurrir en la mora prevista por la ley.

En relación con el tema que nos ocupa, el Consejo de Estado en sentencia del 06 de marzo de 2008⁸, afirmó que la indemnización moratoria es una multa a cargo del empleador que favorece al empleado con el fin de resarcir los daños causados con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía y de conformidad con los términos estipulados en la Ley 244 de 1995.

Más adelante, en sentencia del 28 de junio de 2012 el Consejo de Estado⁹, sostuvo que la ley al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías

⁵ Norma adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, Diario Oficial 46.346 del 31 de julio de 2006.

⁶ “Por medio de 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.”

⁷ Es de 5 días con el Decreto 01 de 1984 o 10 días con la Ley 1437.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A”. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren- Sentencia del 6 de marzo de 2008, Radicado No. 47001-23-31-000-2002-00266-01(0875-06).

⁹ Consejo de Estado- Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Gerardo Arenas Monsalve - 28 de junio de 2012-Radicación No. 08001-23-31-000-2009-00718-01 (1682-11).

definitivas, buscaba evitar la falta de respuesta o de respuestas evasivas a la solicitud de reconocimiento de tal prestación social, que lo único que logran es causar un perjuicio al peticionario, entonces, no habría sentido en que el legislador estableciera un término para que se realice la liquidación y pago de las cesantías si el inicio del mismo queda a voluntad de la administración.

Así las cosas, cuando la administración resuelve el requerimiento del peticionario respecto de la liquidación de sus cesantías en forma tardía, buscando impedir la efectividad ineludible de la sanción que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual empieza a correr el término para que se configure la indemnización moratoria es a partir de la fecha en que el interesado radicó su solicitud, teniendo en cuenta todos los plazos de los que habla el mencionado artículo, la indemnización moratoria se configura transcurridos 65 días hábiles a partir de la presentación de la petición, pues el sentido de la norma es proteger al trabajador que queda cesante ante la terminación de su relación laboral por cualquier causa.

Sobre el tema también se pronunció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 12 de julio de 2007¹⁰ al determinar que la Ley 244 de 1995 diferencia dos situaciones para contabilizar los términos a los cuales deben acogerse las entidades encargadas del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, la primera situación se encuentra sujeta a la expedición del acto administrativo que decide sobre el derecho del reconocimiento y pago de las cesantías, dentro del cual se pacta un término de 10 o 15 días hábiles según se presente la documentación completa y la segunda situación es relativa al pago efectivo de las cesantías dentro del término definitivo que son 45 días hábiles

De todo lo anterior pueden ocurrir varias situaciones:

i) La indemnización moratoria comienza a causarse y debe pagarse una vez transcurran los 65 días o 70 días si se aplica la Ley 1437 de 2011 sobre la ejecutoria, que en total tiene la administración para reconocer y pagar las cesantías, discriminados así: 15 días para expedir el acto de reconocimiento de las cesantías, 5 o 10 días de ejecutoria, según se aplique el Decreto 01 de 1984 o la Ley 1437, y 45 días (todos hábiles) para que la entidad pague las cesantías.

ii) El término de los 65 o 70 días puede resultar mayor sin que se genere la sanción moratoria en los siguientes eventos: a) Cuando se hace necesario que el peticionario complete la solicitud y así se le requiera, el tiempo que demore en hacerlo suspende por igual el término el plazo a la entidad para resolver (inciso final del artículo 4 de la Ley 1071 de 2006); b) cuando haya sido necesario notificar el acto de reconocimiento de las cesantías por edicto, debe contarse el término necesario para agotar este procedimiento legal, y después de desfijado el edicto, adicionar 5 días más de ejecutoria de la decisión, según el C.C.A.; o cuando sea necesario notificar por aviso la decisión, según el C.P.A.C.A.

iii) Cuando la entidad deba resolver los recursos oportunamente interpuestos contra el acto que reconoce las cesantías, a cuyo efecto tiene un plazo de 15 días (como petición,

¹⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “C”. Sentencia de 12 de julio de 2007, expediente No. 2004-01565. M.P. Ivar Nelson Arévalo Perico.

pues los dos meses de silencio es para declarar el acto ficto negativo - artículo 86 de la Ley 1437 de 2011). En consecuencia, si todas estas actuaciones (de reconocimiento y pago de las cesantías) se hacen por la entidad dentro de los términos legales, no generan sanción moratoria así superen los 65 o 70 días, como en las hipótesis ya indicadas, pues no es lógico que la entidad tenga un término legal para actuar y el mismo se contabilice a la vez como mora para efectos de pagar la indemnización moratoria. El solo incumplimiento de los términos legales por la entidad da lugar al pago de la sanción moratoria.

Y, a contrario sensu, si el acto de reconocimiento de las cesantías quedó en firme, pero lo fue por fuera de los términos legales que tiene la entidad para resolver y la mora es imputable a la administración, en criterio de este Juzgado la mora en el pago de las cesantías debe pagarse a partir del día 66 o 71, inclusive, según que la actuación administrativa se haya gobernado por el C.C.A o por el C.P.A.C.A., contados desde el día siguiente al de la radicación de la petición de cesantías en la entidad, en razón a que esos primeros 65 o 70 días son los previstos normalmente para que la entidad resuelva, es decir, no constituyen mora y por lo tanto no son sancionables; de lo contrario se les daría ilegalmente el doble carácter de plazo y de mora.

Respecto del cómputo de la mora el Consejo de Estado en sentencia del 17 de noviembre de 2016¹¹ indicó que para el cómputo de los 45 días hábiles que tiene la entidad para pagar las cesantías reconocidas se debe tener en cuenta la firmeza del acto administrativo de reconocimiento, siempre y cuando sea emitido dentro del término que consagra el artículo 4º de la Ley 1071 de 2006.

Finalmente, en reciente sentencia del 2 de marzo de 2017, el Consejo de Estado¹², reiteró la posición que mantuvo en la jurisprudencia citada en el sentido que para que haya lugar al pago de la sanción moratoria la administración no debe emitir pronunciamiento alguno o lo haga de forma tardía respecto de la solicitud del pago del auxilio de cesantía.

3. Caso concreto

Descendiendo al caso concreto, de las pruebas documentales obrantes en el expediente se observa que:

- a) La señora KAROL MARCELA CASTILLO AGUDELO presentó la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales ante el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 8 de octubre de 2015, (fl. 7), en vigencia de la Ley 1437 de 2011, de modo que los 70 días hábiles para reconocer y pagar la cesantía sin incurrir en la sanción moratoria vencieron el 25 de enero de 2016.
- b) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación de Bogotá D.C. mediante Resolución N° 0252 del 14 de enero de 2016, reconoció a la demandante las cesantías parciales por valor de \$5'000.000 (fls. 7-9).

¹¹ Consejo de Estado C.P. William Hernández Gómez. Radicado No. 66001-23-33-000-2013-00190-01, Demandante Fabio Ernesto Rodríguez Díaz.

¹² Consejo de Estado Consejero Ponente Sandra Lissett Ibarra Vélez, Radicado No. 08001-23-33-000-2012-00431-01(1721-14).

- c) Se encuentra acreditado que la petición de cesantías fue radicada por la demandante el 8 de octubre de 2015, de allí que se puede afirmar que los 15 días hábiles con los cuales contaba la entidad demandada para expedir la resolución de reconocimiento vencían el 30 de octubre de 2015, según lo previsto en el artículo 1º de la Ley 244 de 1995, y solo fue expedida hasta el 14 de enero de 2016, y las pagó el 12 de mayo de 2016, (como lo manifiesta la parte demandante en el hecho 5º de la demanda, fl. 23 y lo aceptó la entidad demandada, fl. 56).
- d) Como el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. expidió el acto administrativo por fuera del término de ley (fls. 7-9), el Despacho dará aplicación a la contabilización de términos legales, esto es, 15 días hábiles para resolver la solicitud, 10 días hábiles de ejecutoria de que trata la Ley 1437 de 2011 y 45 días hábiles para el pago, para un total de 70 días hábiles, término que una vez transcurrido comenzó a generar la sanción moratoria, concordante con la orientación jurisprudencial del Consejo de Estado¹³.
- e) En el caso sub-examine tenemos que la solicitud se presentó el 8 de octubre de 2015, de modo que la entidad tenía 15 días hábiles para resolverla, es decir, hasta el 30 de octubre de 2015, pero expidió la resolución de las cesantías el 14 de enero de 2016 (es decir de manera extemporánea), continuando con los términos, si la entidad hubiese proferido el acto administrativo en tiempo los 10 días hábiles de ejecutoria contados después de los 15 días hábiles para resolver la petición vencerían el 17 de noviembre de 2015, y 45 días hábiles para el pago, para un total de 70 días que vencieron el 25 de enero de 2016, es decir, la sanción moratoria empezó a generarse a partir del 26 de enero de 2016 hasta el 11 de mayo de 2016, día hábil anterior al que fueron puestas a disposición de la demandante las cesantías parciales (12 de mayo de 2016, fls. 23 y 56 del expediente), para un total de 107 días de indemnización.
- f) En el hecho quinto de la demanda la parte demandante manifestó que el pago de las cesantías se realizó el 12 de mayo de 2016 (fl. 23) y la entidad demandada aceptó este hecho en la contestación de la demanda (fl. 56).

De acuerdo con lo expuesto, la señora Karol Marcela Castillo Agudelo tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague la sanción moratoria, en los términos de los artículos 1º y 2º de la Ley 244 de 1995 modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006, desde el 26 de enero de 2016 hasta el 11 de mayo de 2016, sin prescripción, toda vez que no transcurrieron más de 3 años (Art. 41 Decreto 3135 de 1968) desde el momento en que se hizo efectivo el pago parciales de las cesantías (12 de mayo de 2016, fls. 23 y 56), la fecha de la petición del reconocimiento de la sanción moratoria (24 de octubre de 2016, fls. 3-5) y la presentación de la demanda (26 de abril de 2017, fl. 39), en ese orden de ideas, la sanción moratoria equivale a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías y hasta cuando se hizo efectivo el pago, esto es, del 26 de enero de 2016 hasta el 11 de mayo de 2016.

¹³ Consejo de Estado- Sección Segunda Subsección "B" C.P. Gerardo Arenas Monsalve- 28 de junio de 2012-Radicación No. 08001-23-31-000-2009-00718-01 (1682-11).

De otra parte, el Despacho no accede a la indexación de la sanción moratoria, de conformidad con el precedente del Consejo de Estado¹⁴, según el cual “... a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de la cesantía al momento del retiro del servicio. Es decir, que la segunda de las sanciones será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho. La indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995 (...)” (Subraya el Juzgado)

Adicionalmente el Consejo de Estado¹⁵ se pronunció recientemente al resolver el mismo problema jurídico frente a reajustar los valores con el IPC y resolvió negativamente en razón a que la indemnización moratoria es una sanción muy rigurosa y elevada al reajuste monetario así que no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas pues se entiende que la sanción moratoria cubre una suma más elevada a la actualización monetaria.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, como se hizo, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la señora KAROL MARCELA CASTILLO AGUDELO, deben prosperar en la forma indicada. En consecuencia, se declarará la existencia y nulidad del acto administrativo acusado y se accederá a las súplicas de la demanda en la forma expuesta, pues la parte actora a través de las pruebas logró demostrar el cargo formulado de violación de la constitución y la ley, en cuanto que el mencionado acto fue expedido con desconocimiento de las normas superiores invocadas y con falsa motivación, desvirtuando así la presunción de legalidad que lo amparaba.

Costas y agencias en derecho

Como quiera que se ordenara compulsar copias a los organismos de control por el eventual detrimento patrimonial que se presente a las finanzas del Estado, el Despacho se abstendrá de condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

¹⁴ Consejo de Estado- Sección Segunda- C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila- Rad: 08001-23-31-000-2008-00394-01 (1521-09) sentencia del 5 de agosto de 2010.

¹⁵ Consejo de Estado 16 de noviembre de 2016, C.P. William Hernández Gómez. Radicado No. 66001-23-33-000-2013-00190-01, Demandante Fabio Ernesto Rodríguez Díaz.

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de silencio administrativo negativo y por ende del Acto Administrativo ficto o presunto, originado en la falta de respuesta expresa a la petición que, a través de apoderado, elevó la señora KAROL MARCELA CASTILLO AGUDELO, ante la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el 8 de octubre de 2016, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Acto Administrativo ficto o presunto, originado en la falta de respuesta expresa a la precitada petición, mediante el cual se negó la sanción por mora en el pago tardío de sus cesantías parciales.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – OFICINA DE PRESTACIONES SOCIALES DE BOGOTÁ D.C. a través de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C., para que con cargo de los recursos del citado Fondo reconozca y pague a la señora KAROL MARCELA CASTILLO AGUDELO, identificada con la cédula de ciudadanía N° 52.854.475, la sanción moratoria prevista en el artículo 2° de la Ley 244 de 1995 modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006, esto es, un (1) día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías, por el periodo comprendido entre el 26 de enero de 2016 hasta el 11 de mayo de 2016 (107 días); la anterior sanción debe liquidarse teniendo en cuenta la asignación básica que percibía la demandante al momento de la solicitud del pago parciales de las cesantías, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda. No se condena en costas y agencias en derecho a la entidad demandada, por las razones expuestas.

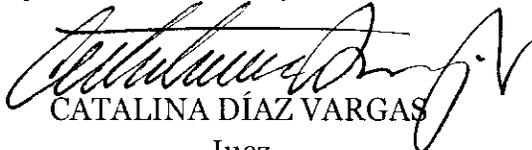
QUINTO: La entidad dará cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin necesidad de mandato judicial.

SEXTO: Compulsar copias a la Contraloría General de la Nación, Procuraduría General de la Nación y Fiscalía General de la Nación por las presuntas irregularidades presentadas ante la mora en el reconocimiento y pago de las cesantías de éste proceso.

SÉPTIMO: En firme esta Sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la parte demandante copia íntegra y auténtica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos del numeral 2, del artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley, ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


CATALINA DÍAZ VARGAS
Juez

Esta sentencia quedó notificada en estrado a las partes presentes y las ausentes, de acuerdo con el artículo 202 de la Ley 1437 de 2011.

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA

La Juez indaga a los apoderados de las partes si van a apelar la sentencia.

El apoderado de la parte demandante no interpone recurso de apelación contra la sentencia.

La apoderada de la entidad demandada. No interpone recurso de apelación contra la sentencia.

Esta decisión quedó notificada en estrado.

CONTROL DE LEGALIDAD - ARTÍCULO 207 LEY 1437/2011.

La Juez indagó a los apoderados de las partes para que manifiesten si hasta este momento procesal encuentran algún vicio o nulidad que invalide lo actuado

Los apoderados de las partes no observaron vicio que invalide lo actuado.

El Despacho deja constancia que cada acto procesal surtido en esta audiencia cumplió las formalidades esenciales. (Artículo 183-1-f Ley 1437 de 2011).

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada, siendo las 04:03 de la tarde y se firma la presente acta por quienes en ella intervinieron:


JINETH ZUJEY GÓMEZ CALVO
C.C. N° 1.030.536.490 y
T. P. N° 253.173 del C. S. de la J.
Apoderada de la parte demandante


LINDA SORAYA VELASCO LOZANO
C.C 52.706.787
T.P N° 259.212
Apoderada de la entidad demandada


HUGO JOSÉ DÍAZ GONZÁLEZ

Profesional Universitario del Juzgado 16 Administrativo de Oralidad de Bogotá


CATALINA DÍAZ VARGAS

Juez