

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

PROCESO: ORDINARIO -NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN No.: 1100133350122015000 90700
ACCIONANTE: JOSE ROSELINO AVILA VACA
ACCIONADOS: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

ACTA No. 263-17
AUDIENCIA INICIAL
ART. 180 LEY 1437 DE 2011

En Bogotá D.C. a los nueve (09) días del mes de agosto de 2017, siendo las dos y cuarenta (02:45 p.m.) de la tarde, fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Secretario ad hoc constituyó en audiencia pública en la Sala 35 de la sede judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes

1. INTERVINIENTES

PARTE DEMANDANTE: *Dr. MIGUEL ARCANGEL SANCHEZ CRISTANCHO, identificado con C.C. 79.911.204 de Bogotá y T. P 205.059 del CSJ.*

PARTE DEMANDADA: *Dr. JEYSSON ALIRIO CHOCONTA BARBOSA, identificado con CC. 1.033.706.367 de Bogotá, y T.P. 271.763 del CSJ, para actuar como apoderado de la entidad demandada, quien no asistió a la audiencia.*

Se reconoce personería jurídica *al Dr. GUSTAVO ADOLFO GIRALDO FLOREZ, identificado con CC. 80.882.208 de Bogotá, T.P. 196.421 del CSJ.*

No se hizo presente la Representante del Ministerio Público.

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

La señora juez informó a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

- 1. Saneamiento del Procedo*
- 2. Decisión de Fondo*

ETAPA I: SANEAMIENTO DEL PROCESO

En este punto de la diligencia la señora Juez nuevamente pregunta a las partes, si advierten alguna inconsistencia que requiera ser saneada.

Los apoderados afirman no evidenciar irregularidad alguna. El Despacho tampoco advierte causal que invalide lo actuado, dando por terminada esta etapa.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

ETAPA V: FALLO

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho, determinar, si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

CONSIDERACIONES

Sanción moratoria.

La Ley 1071 de 2006 que adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, estableció los términos con que cuentan las entidades para dar respuesta a las solicitudes de liquidación de cesantías, bien sea definitivas o parciales:

“ARTÍCULO 4o. 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.

ARTÍCULO 5o. 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.”

En cuanto a la forma de contabilizar los términos establecidos en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, el Consejo de Estado¹ ha manifestado que éstos “no deben apreciarse por separado sino en su conjunto; de no ser así la Administración podría dilatar indefinidamente la fecha de expedición de la resolución que dispone el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, burlando con ello el propósito de la Ley”. En este sentido se han de contar los 15 días que tiene para proferir el acto administrativo de reconocimiento, más 10 días de ejecutoria, de conformidad con el artículo 76 del CPACA, más 45 días para el pago efectivo, siendo en total 70, que se entienden, días hábiles o 65 si la petición se hizo en vigencia del anterior código. (Antes del 2 de julio de 2012).

De modo que, si la entidad responsable sobrepasa el término de los 65 o 70 días descritos, incurrirá en mora en el pago de las cesantías y estará obligada a reconocer y cancelar de sus propios recursos, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las cesantías, de conformidad con el parágrafo del artículo 5º de la ley 1071 de 2006.

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante, sentencia del 22 de noviembre de 2007.- Radicación número: 25000-23-25-000-2003-07833-01(4592-05)

Ahora bien, el Despacho debe precisar quién es el llamado a responder por las pretensiones de la demanda, por cuanto el término de los 65 o 70 días trascurren entre el trámite de reconocimiento y asignación de los recursos que hace el Fondo y el turno que asigna la Fiduprevisora S.A. aunado a esto, el artículo 5° de la ley 1071 de 2006 establece que en caso de mora en pago de las cesantías será la entidad pagadora quien responderá con sus propios recursos. En este orden de ideas, como el término que señala la ley para reconocer y pagar las cesantías, es compartido entre el Fondo y la Fiduprevisora S.A. así mismo su responsabilidad es solidaria, pudiéndose demandar en estos eventos a uno u otro, tal como lo señala la jurisprudencia del Consejo de Estado:² “ la responsabilidad solidaria genera el denominado litisconsorcio cuasinecesario, que le otorga la posibilidad a las víctimas del daño de demandar por la totalidad del daño a los agentes dañosos.”

Cabe advertir que la Ley 91 de 1989, modificada por el Decreto 2831 de 2005, norma que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en forma especial reguló lo atinente al reconocimiento y pago de las cesantías del sector docente, no contempló la nombrada figura de la sanción por mora. Sin embargo, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, son servidores públicos del Estado y en tal condición no pueden ser excluidos de la aplicación de la Ley 1071 de 2006, que consagra una protección laboral no reconocida en su régimen especial, esto en razón al principio constitucional de favorabilidad. Así lo ha señalado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca³

“Advierte la Sala, que aun cuando la Ley 1071 de 2006 establece un tipo de sanción pecuniaria en contra de la entidad pública que no cumple los términos allí establecidos, lo cierto es que su finalidad es la de proteger al servidor público en su derecho irrenunciable de cesantía, la cual además de hacer parte integrante de la remuneración de todo trabajador, está llamada a cumplir una importante función social ante la eventualidad del desempleo o para satisfacer otras necesidades vitales en materia de educación o vivienda.

(...)

Bajo la égida del principio de favorabilidad establecida en el artículo 53 de la Constitución Política, debe aplicarse la Ley 1071 de 2006 a

² Consejo de Estado. Sentencia de 28 de enero de 2015. Radicado 32912. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio.

³ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Segunda Subsección C. Sentencia de 7 de noviembre de 2014. Expediente. 2014-00082-01 M.P. Dra. Amparo Oviedo Pinto.

los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues de lo contrario, se dejaría desprotegido a un grupo de servidores públicos frente a las demoras injustificadas de la administración en el reconocimiento y pago de las cesantías."

Finalmente, precisa el Despacho que para el conteo de los días se acoge el criterio del Consejo de Estado, expuesto en la sentencia del 22 de noviembre de 2012, con ponencia del doctor Danilo Rojas Betancur, dentro del proceso N°. 25000-23-26-000-2000-01407-01 (24872), que señaló:

"(...) Como se observa, la entidad que incurra en mora en el pago efectivo de las cesantías deberá cancelar al interesado, a título de indemnización moratoria, una suma equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago, hasta cuando se produzca el pago efectivo, sin que en dicho cómputo se distingan días hábiles o inhábiles, por lo que deberán utilizarse días calendario (...)"

CASO CONCRETO

Mediante Resolución N° 4198 del 12 de agosto de 2011 (fl.2-3), notificada el 22 de agosto del mismo año, (fls. 04) la demandada reconoció al actor las cesantías solicitadas en escrito radicado No. 2011-CES-005079 de 24 de febrero de 2011, en un monto total de \$84.140.867.

A folio 18 se observa un oficio de la Fiduprevisora dirigido al demandante, donde le informa que el 28 de noviembre de 2011 fue consignado el pago correspondiente a las cesantías reconocidas en la Resolución N° 4198 de 2011.

Así mismo, obra en el expediente el comprobante del Banco BBVA, (fl. 7) donde se puede observar en el aparte de "CONCEPTOS", que le fueron canceladas las "CESANTÍAS FONDO MAGISTERIO", pago que fue efectuado por valor de \$73.538.467 en favor del accionante, con fecha de pago el 28 de noviembre de 2011 (observación 2).

Teniendo en cuenta que la petición de reconocimiento de las cesantías definitivas se efectuó el día 24 de febrero de 2011, se establece con claridad que los 65 días hábiles se cumplieron el día 31 de mayo de 2011, por cuanto la petición se hizo en vigencia del anterior código, así:

Período - 2011	Número de Días
24 de febrero a 17 de marzo	15 días para el reconocimiento
18 a 25 de marzo	5 de ejecutoria
28 de marzo a 31 de mayo	45 para el pago
TOTAL DIAS DE MORA - CALENDARIO	
01 de junio a 28 de noviembre	30+31+31+30+31+28 = 181

Así entonces, a partir del 01 de junio del mismo año **se registra una mora total de 181 días calendario**, pues el pago de las cesantías se efectuó el 28 de noviembre de 2011.

LIQUIDACIÓN DE SANCIÓN POR MORA:

El Consejo de Estado en providencia del año 2009 estipuló que no sólo debía tenerse en cuenta para la fijación del valor de la sanción por mora la asignación básica diaria, sino la “**remuneración ordinaria mensual**”, esto es, aquellos factores salariales percibidos de manera mensual por la parte solicitante.

De esta manera, y dado que el legislador en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 consagró que la sanción por mora debe liquidarse a razón de un día de salario por día de mora en el pago de la cesantía, y no utilizó un concepto restringido de salario como hubiese sido “salario básico”, “asignación básica o sueldo”, se debe entender que el salario al cual se alude en la citada normativa responde a aquel cuya definición encuentra respaldo constitucional como “todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario”.

Para el caso en cuestión, el juzgado observa que el salario devengado Resolución No. 4198 de agosto 12 de 2011 obrante en el expediente, que el salario devengado por el demandante para esa fecha, estaba determinado por los siguientes factores a saber:

Asignación Básica	\$2.064.332
Prima de Alimentación	\$206.3433
Prima de Vacaciones	\$94.622
Prima de Navidad	\$197.129
TOTAL DEVENGADO	\$2.562.516

Se excluye la prima de habitación por ser una prestación creada sin competencia, por en el ente territorial.

Por lo tanto, al dividir el total devengado \$2.562.516 entre 30 días calendario, se obtiene un valor de \$85.417,2, equivalente a un día de salario para el año 2011, este último resultado al ser multiplicado por 181 días, generan un total de \$15.460.513,2 correspondientes a la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías que aquí se reclaman.

Conforme a lo expuesto, se condenará a la Nación –Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria la Previsora S.A. al pago de \$15.460.513,2 producto de 181 días de sanción moratoria en favor de la accionante.

INDEXACIÓN:

De otra parte, es oportuno indicar que no procede la indexación de las sumas que surjan producto de la sanción en comento, toda vez que, como lo advirtió el Consejo de Estado en el fallo proferido el 21 de mayo de 2009, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, radicado 76001-23-31-000-2002-01586-01 (2070-07) esta es improcedente “frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995 dado que esta última constituye la actualización del valor de la cesantía no pagada oportunamente”.

Adicionalmente la Corte Constitucional, en Sentencia C- 448 de 1996, sobre lo pertinente señaló:

*“(…) la sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario **"un día de salario por cada día de retardo"**, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de*

proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella” (resaltado del Despacho)

PRESCRIPCION

Debe advertir el Despacho que para el caso que nos convoca, el derecho al pago de la sanción por mora se extingue cuando no son reclamados dentro de los tres años siguientes a su reconocimiento; por su parte, la petición interrumpe la prescripción siempre y cuando la demanda se presente en un término máximo de tres años

Así las cosas, al demandante le fueron pagadas sus cesantías el 28 de noviembre de 2011, el plazo de los tres años se cumplían el 28 de noviembre de 2014, sin embargo, la solicitud de reconocimiento de la sanción mora fue presentada el 13 de junio de 2013, petición que interrumpió el término de prescripción por tres años más, esto es hasta el 13 de junio de 2016, la demanda fue presentada el 18 de diciembre de 2015, es decir dentro del término, por lo que no opera la prescripción.

CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA señala:

“... Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la

Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

“III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1. ASUNTOS.

3.1.1. Única instancia.

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia.”

Frente a lo anterior el Consejo de Estado⁴ ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- Este proceso buscaba el reconocimiento de una sanción moratoria por el pago tardío de unas cesantías.*
- Las pretensiones fueron **concedidas parcialmente**, por cuanto la liquidación de la sanción mora no se efectuó por todos los días que se pretendían en la demanda.*
- La entidad no contestó la demanda por lo cual no hubo excepciones por resolver*
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.*

Bajo estas consideraciones, y teniendo en cuenta la actividad desplegada por los apoderados, la capacidad económica de la parte y la complejidad que

⁴ *Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A*

revistió la instancia en este caso, no se condenará en costas a la demandada.

En cuanto a los remantes se dispondrá que dichos emolumentos se atribuyan a las notificaciones, y el excedente a los gastos de funcionamiento que cubrió el Consejo Superior de la Judicatura.

*En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,*

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR la nulidad del **Oficio No. S-2015-107834** del 10 de agosto de 2015 por medio del cual la Dirección de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá, se abstuvo de reconocer el pago de la sanción mora por el pago tardío de las cesantías al docente **JOSE ROSELINO AVILA VACA**, remitiéndola por competencia a la Fiduciaria Mercantil **LA PREVISORA**.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad del **Oficio No. 20150170781551** del 08 de septiembre de 2015, a través del cual la **FIDUPREVISORA** negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora respecto al pago tardío de las cesantías al docente **JOSE ROSELINO AVILA VACA**.

TERCERO. CONDENAR a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Fiduciaria la Previsora S.A. a reconocer y pagar al señor **JOSE ROSELINO AVILA VACA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 4.263.187 de Somondoco - Boyacá, las suma de **QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA MIL QUINIENTOS TRECE PESOS CON DOS CENTAVOS m/cte \$15.460.513,2** correspondientes a la sanción moratoria prevista en el artículo 5° de la ley 1071 de 2006, **equivalente a 181 días de salario** devengado por el actor para el año 2011, conforme a la parte considerativa de esta sentencia.

CUARTO. La entidad demandada dará cumplimiento a este fallo en los términos establecidos en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

QUINTO. NO HAY CONDENA en costas, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO. COMUNICAR este fallo, para su ejecución como lo ordena el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo., una vez en firme a la parte accionada.

SEPTIMO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

OCTAVO. EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

Las partes cuentan con el término de ley para interponer los respectivos recursos.

En audiencia el apoderado de la parte actora no recurre la decisión, de la misma forma procede el apoderado de la entidad demandada.

Así las cosas, se da por terminada la presente audiencia. No siendo otro el motivo de la misma se firma la presente acta por los asistentes.


YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ

Parte Demandante,

MIGUEL ARCANGEL SANCHEZ CRISTANCHO

Parte Demandada,

GUSTAVO ADOLFO GIRALDO FLOREZ

Secretario Ad hoc,



FABIAN VILLALBA MAYORGA