REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

Quibdó, enero veintinueve (29) de dos mil dieciséis (2016).

SENTENCIA No. 009

RADICADO:	**27001333300120140075000**
DEMANDANTE:	**DEINA OSIRIS PEREA PEREA PEÑA**
DEMANDADO:	**NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - ADMINISTRACION TEMPORAL PARA EL SECTOR EDUCATIVO EN EL DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ**
MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Vista la constancia secretarial que antecede, AVOQUESE el conocimiento del presente asunto.

La señora **DEINA OSIRIS PEREA PEREA PEÑA**, por conducto de apoderado judicial, instauró el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra de la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-ADMINISTRACION TEMPORAL PARA EL SECTOR EDUCATIVO EN EL DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ** para que con citación y audiencia del Ministerio Público, se hagan las siguientes:

I. DECLARACIONES Y CONDENAS

"PRIMERO: *Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 002573 del 26 de mayo de 2014, mediante el cual Administrador Temporal para el Sector educativo del Departamento del Chocó le negó a la señora* ***DEINA OSIRIS PEREA PEÑA*** *el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 2 de la ley 244 de 1995 Subrogado por el artículo 5 de la ley 1071 de 200,6 a la cual tiene derecho la citada docente, por la mora injustificada en el reconocimiento y pago tardío de sus cesantías parciales, las cuales fueron solicitadas el 27 de septiembre de 2012, reconocidas en forma extemporánea mediante la resolución No. 001632 del 20 de marzo de 2013 y cancelada el 23 de agosto de la misma anualidad, cuando las entidades hoy demandadas se encontraba en más de Doscientos Veintinueve (229) días de mora desde la fecha en que debieron ser reconocidas y pagadas.*

SEGUNDO: *Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la* ***NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL CHOCÓ Y SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL ADMINISTRACIÓN TEMPORAL PARA EL SECTOR EDUCATIVO DEL DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ*** *a reconocer y pagar a favor de la señora* ***DEINA OSIRIS PEREA PEÑA*** *la sanción moratoria establecida en el artículo 2 de la ley 244 de 1995 Subrogado por el artículo 5 de la ley 1071 de 2006, instituida por la ley 50 de 1990, consistente en el pago de un día de salario por cada día de retardo desde cuando se cumplieron los 65 días hábiles con que contaba la entidad para reconocer y*

REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

pagar las cesantías parciales solicitadas es decir desde el 4 de enero de 2013 hasta el 23 de agosto de 2013, fecha en que se hizo efectivo el pago total de la obligación, cuando habían transcurrido 229 días de mora, lo que equivale a la suma de ***DIECISIETE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS $17.946.272,*** *que resulta de la siguiente operación matemática****:***

Salario mensual/30 = salario diario x días de mora = total sanción moratoria

$2.351.040 / 30 = $78.368 x 229 días de mora = $17.946.272

Salario diario representado en la suma de ***SETENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS $78.368****, teniendo en cuenta que el salario devengado por mi prohijada para el año 2012 era* ***DOS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL CUARENTA PESOS $2.351.040****.*

*Salario mensual / 30 días = salario di**a**rio x días transcurridos desde la fecha límite de pago, hasta la fecha de pago efectivo, es decir del 4 de enero de 2013 hasta el 23 de agosto de 2013, cuando fueron canceladas cesantías definitiva, lo cual nos arroja la suma de* ***DIECISIETE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS $17.946.272.***

TERCERO: *Que se ordene a las entidades demandadas, a dar cumplimiento a la sentencia en los términos de la ley 1437 de 2012, en los artículo 192, 194 y 195.*
CUARTO: *La liquidación de las anteriores conceptos deberá efectuarse mediante sumas liquidas de moneda de curso legal en Colombia, y se ajustarán dichas sumas tomando como base el índice de precios al consumidor (IPC), o al por mayor, conforme a lo dispuesto por la Ley y la Jurisprudencia para casos como el presente.*
QUINTO: *Que además de lo anterior se condene a las entidades demandadas a reconocer y pagara a favor de la hoy demandante como concepto de agencias en derecho el 35% del valor de la condena por la sanción, como contraprestación correspondiente a los gastos de representación en que ha incurrido mi prohijado en el proceso prejudicial como judicial, más los gastos correspondientes a costas del proceso".*

II. HECHOS

El apoderado de la parte demandante invocó como fundamentos de las pretensiones los que a continuación se relacionan:

PRIMERO. *Mi mandante la señora* ***DEINA OSIRIS PEREA PEÑA,*** *viene vinculada al servicio de la educación como docente desde hace más de 18 años y en la actualidad presta sus servicios en la INSTITUCIÓN INTEGRADO SAN PABLO INDUSTRIAL DEL MUNICIPIO DE ISTMINA adscrito a la Secretaria de Educación del Departamento del Chocó.*

REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

SEGUNDO. *Con el derecho que le asiste, el día 27 de septiembre de 2012, mediante petición radicada ante el Administrador Temporal para el Sector Educación del Departamento del Chocó y Representante del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Chocó, solicitó el reconocimiento y pagó de sus cesantías parciales, con destino a la compra de una vivienda, para lo cual allegó toda la documentación requerida, tal y como se señala en la resolución N° 001632 del 20 de marzo de 2013.*

TERCERO. *No obstante, de haber allegado con la petición toda la documentación requerida para el reconocimiento de las cesantías, las misma fueron reconocidas injustificadamente en forma tardía por el Administrador Temporal para el Sector Educación del Departamento del Chocó y Representante del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Chocó, el día 20 de marzo de 2013, a través de la Resolución 001632 de la misma fecha, y fueron canceladas el 23 de agosto de 2013, cuando ya habían transcurrido 229 días de mora, toda vez que conforme lo dispuesto en los artículos 1° y 2° de la ley 244 de 1995 Subrogado por el artículo 5° de la ley 1071 de 2006, las hoy demandadas contaban con sesenta y cinco (65) días hábiles, para reconocer y pagar las citada cesantías, lo que abiertamente incumple con los términos perentorios impuestos por las citadas normas y señalado innumerable de veces por la jurisprudencia del Consejo de Estado.*

CUARTO. *Así las cosas y ante la mora injustificada que se presentó para el reconocimiento y pago de las cesantías solicitadas, mi prohijada actuando a través de apoderado judicial, mediante petición radicada el día 8 de mayo de 2014, ante el Administrador Temporal para el Sector Educación del Departamento del Chocó, solicitó se expidiera el acto administrativo de reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en el artículo 2 de la ley 244 de 1995 subrogado por el artículo 5 de la ley 1071 de 2006, a la cual tiene derecho, por la mora injustificada en el reconocimiento y pago tardío de sus cesantías parciales.*

En respuesta a dicha solicitud, el Doctor ***JOSE MARTIN HINCAPIE ALVAREZ*** *Administrador Temporal para el Sector Educación del Departamento del Chocó, profirió la* ***Resolución No. 002573 del 26 de mayo de 201****4, mediante el cual negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 2 de la ley 244 de 1995 Subrogado por el artículo 5 de la ley 1071 de 2006, a la cual tiene derecho mi prohijada, por la mora injustificada que se presentó en el reconocimiento y pago de sus cesantías Parciales, entre otras cosas argumentando lo siguientes:*

"(…)
Que es fundamental aclararle a la peticionaria que dentro del trámite de reconocimiento de cesantías a los docentes, la Secretaria de Educación actúa como entidad de mero trámite por tal razón y de conformidad con el Decreto 2831 de 2005, por el cual se reglamente el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005…
(…)

REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

ARTICULO PRIMERO: De acuerdo a las directrices de la Fiduprevisora entidad encargada de administrar los recurso del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y realizar los pagos por concepto de prestaciones económicas, Negar la solicitud de reconocimiento y pago de sanción moratoria a la señora DEINA OSIRIS PEREA PEÑA identificada con cedula de ciudadanía No. 39.302.183 de Turbo, a quien se le reconoció una cesantía parcial para compra de vivienda mediante Resolución No. 001632 del 20 de marzo de 2013, como docente ***MUNICIPAL****, en cuantía de VEINTINUEVE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y UN MIL DOSCIENTOS DOS PESOS M/CTE (29.261.202), toda vez que los intereses por mora en el pago de prestaciones económicas deben ser liquidados y decretados por un Juez de la Republica previo agotamiento de un proceso ordinario declarativo que se incluirán previa ejecutoría de fallo, al presupuesto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".*

Al respecto debo manifestar, que el argumento señalado en la Resolución No. 002573 del 26 de mayo de 2014, carece de veracidad jurídica y por consiguiente se encuentra viciado de nulidad, puesto que conforme lo dispuesto en el Decreto No. 2831 de 2005, que reglamenta el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la ley 962 de 2005, la faculta de para expedir los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, está en cabeza de las Secretarias de Educación, a la cual pertenezca o haya pertenecido los mismos, facultad que le fue conferida inicialmente por la ley 715 de 2001, responsabilidad que hasta hoy no ha sido trasladada a la Fiduprevisora.

Por otra parte, es preciso indicar que con la expedición del decreto 2831 de 2005, no se exime al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en cabezas de los Secretarios de Educación, del cumplimiento de los términos perentorios claramente estipulados en la ley 244 de 1995 Subrogada por la Ley 1071 de 2006, así como tampoco del pago de la respectiva sanción que traen las referidas normas.

Igualmente, debo precisar que la Corte Constitucional en sentencia SU-14 del 23 de enero de 2012 decidió inaplicar y excluir del ordenamiento jurídico el artículo 2º del Acuerdo 34 de 1998 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por considerar que las expresiones "siempre y cuando exista disponibilidad presupuestal" y "Si no existe disponibilidad presupuestal los expedientes que no presenten inconsistencias permanecerán en la entidad fiduciaria en espera de presupuesto" son desde todo punto de vista contrarios a la Constitución, en cuanto que un Acuerdo no puede ampliar las facultades conferidas a la Fiduciaria mediante un Decreto de superior jerarquía, ya que de lo contrarios resultaría una clara violación del derecho constitucional de petición, al facultar a una entidad de derecho privado para que suspenda el trámite administrativo cuando es ella misma la encargada de satisfacer lo solicitado, y en ese sentido se quebrantarían los derechos de los trabajadores, cuando se supedita el reconocimiento de su cesantía parcial o definitiva a la disponibilidad presupuestal para atenderlo.

Partiendo de ese postulado, ha de entenderse que el acto administrativo hoy demandado sin lugar a dudas, violenta flagrantemente lo consignado en el art 2 de la

REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

ley 244 de 1995 subrogada por la ley 1071 de 2006, que fijo los términos para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y definitivas, así como también lo referente al reconocimiento de la sanción por la mora injustificada en el reconocimiento y pago de la precitada prestación, por lo que desde ya se solicita su derogatoria, más aun cuando la entidad no demostró, que existió alguna causal que legalmente justificara la mora, tanto en el reconocimiento como en el pago de la cesantías solicitadas.

III. LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION

El apoderado de la parte demandante invocó como normas violadas las siguientes:

Ley 91 de 1989 artículo 2,
Artículo 2 de la ley 244 de 1995 subrogado por el artículo 5 de la ley 1071 de 2006
Artículo 1 de la ley 244 subrogado por el artículo 4 de la ley 1071 de 2006.

En el concepto de la violación manifestó "(…) *El artículo 3º de la Ley 91 de 1989 dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, con recursos que deben ser manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, con el fin de que asumiera el pago de las prestaciones sociales de los docentes. A su vez, el artículo 9º de la citada ley indica que las prestaciones sociales que pague el Fondo serán reconocidas por la Nación-Ministerio de Educación Nacional.*

En armonía con las anteriores disposiciones, el artículo 180 de la Ley 115 de 1994 ordena que las prestaciones sociales de los docentes al servicio del Estado sean reconocidas por el representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el educador, e igualmente que el acto administrativo de reconocimiento de las mismas debe constar en una resolución que lleve, además, la firma del coordinador regional de prestaciones sociales del mismo Ministerio, en la respectiva regional.

Además, según el literal d) del artículo 179 de la mencionada ley, corresponde a los Fondos Educativos Regionales, adscritos a las secretarías de educación de las entidades territoriales respectivas -Ley 60 de 1993-, atender y tramitar las solicitudes de prestaciones sociales del personal docente, para que sean pagadas con cargo a los recursos del fondo.

Por su parte, el Decreto 1775 de 1990, reglamentario de la Ley 91 de 1989, creó los comités regionales del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 5º estableció que las solicitudes deben radicarse en la oficina de prestaciones sociales de cada Fondo Educativo Regional, y en el artículo 7º dispuso que la Fiduciaria debe otorgar un visto bueno a la liquidación, antes de que se emita el acto en cuestión".

REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

IV. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue admitida por el Juzgado primero Administrativo Oral de Quibdó, mediante auto interlocutorio número 1746 de fecha diciembre quince (15) de dos mil catorce (2014) (folios 31 al 33).

Las notificaciones se cumplieron a cabalidad, según obra a folios 48-51.

Las Entidades demandadas:

LA ADMINISTRACION TEMPORAL PARA EL SECTOR EDUCATIVO EN EL DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ: contestó la demanda extemporáneamente.

LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

No hay constancia de que haya contestado la demanda.

El día 25 de noviembre de 2015, a las 08:00 am, se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A como consta en el acta número 269 visible a folios 125 al 127 del expediente (anexo C.D.).

En el desarrollo de la audiencia inicial y mediante auto interlocutorio No. 2504 se declaró probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Secretaria de Educación Departamental en Administración Temporal (folio 125 vto).

Igualmente se fijó el litigio de conformidad con el numeral 7 del artículo 180 del C.P.A.C.A. en los siguientes términos:

a) *Establecer si el acto administrativo demandado, esto es, Resolución N° 002572 del 26 de mayo de 2014, se encuentra afectado de nulidad por haber el administrador para el sector educativo del Departamento del Chocó negado a la señora DEINA OSIRIS PEREA PEÑA el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 2° de la ley 244 de 1995 subrogada por el artículo 5 de la ley 1071 de 2006, generada por la mora en el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales, las mismas que fueron solicitadas el 27 de septiembre de 2012 y reconocidas mediante Resolución N° 001632 del 20 de marzo de 2013 y cancelada el 23 de agosto de la misma anualidad.*

b) *Verificar si se encuentra si se encuentra probada alguna excepción que el despacho deba declarar de oficio que exima de responsabilidad a la entidad accionada frente a la pretensión de la parte actora.*

REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

Acto seguido se cerró el debate probatorio por considerar que existían los suficientes elementos para adoptar una decisión de fondo, por lo que se prescindió de la audiencia de pruebas y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto final sí a bien lo consideraba dentro del marco de sus competencias.

La parte demandante presentó alegatos de conclusión, los cuales se resumen en los siguientes términos:

> *"(…) Su señoría efectivamente me ratico en las pretensiones instauradas en la demanda en el entendido que declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución N°002573 del 26 de mayo de 2014, mediante el cual la administración temporal para el sector educativo en el departamento del chocó negó a la señora DENIA OSIRIS PEREA PEÑA el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo segundo de la ley 244 de 1995 subrogado por el artículo 5° de la ley 1071 de 2006, a la cual tiene derecho la citada docente por la mora injustificada en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales, las cuales fueron solicitadas el 27 de septiembre de 2012 reconocidas en forma extemporánea mediante la resolución N°001632 del 20 de marzo de 2013 y canceladas el 23 de agosto de la misma anualidad cuando las entidades hoy demandadas se encontraban en más de 229 días de mora de la fecha en que debieron ser reconocidas y pagadas, como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento del derecho se condene a las entidades demandadas a reconocer y pagar a favor de la señora DEINA OSIRIS PEREA PEÑA la sanción moratoria establecida en el artículo segundo de la ley 244 de 1995 que se ordene a las entidades demandadas dar cumplimiento a la sentencia en los términos de la ley 1437 de 2012 en los artículos 192, 194 y 195 que la liquidación de los anteriores conceptos deba efectuarse mediante las sumas liquidas de moneda de curso legal en colombiano y se ajustaran dichas sumas tomando como base el índice de precios del consumidor o al por mayor conforme a los dispuesto por la ley y la jurisprudencia para casos como el presente.*
>
> *Que además de lo anterior se condene a las entidades demandadas a reconocer y pagar a favor del hoy demandante como concepto de agencia de derecho el 35% del valor de la condena como sanción como contraprestación correspondiente a los gastos de representación en que ha incurrido mi prohijado en el proceso prejudicial como judicial, más los gastos correspondientes a las costas del proceso.*

La parte demandada la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó alegatos de conclusión, los cuales se resumen en los siguientes términos:

REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

"(…) es menester indicar que frente a este tema de la sanción moratoria por el pago tardío o el no pago oportuno de las cesantías Jueces como es el caso del Juzgado segundo administrativo oral de descongestión de Cartago en recientes pronunciamientos 2013919 expresó"

Tenemos que el señor Jorge Ezequiel Tamayo solicita se declare la nulidad del acto administrativo ficto presunto originado del silencio administrativo de la entidad demandada frente a la petición presentada por el el día 10 de mayo de 2013 a través de la cual solicito el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías contempladas en el artículo 5 de la ley 1071 de 2006, consecuencia de lo anterior el demandante pretende se declare o se condene a la accionada a reconocer y pagar la debida sanción valor que solicita sea debidamente indexado. En conclusión encuentra la sala que en cuando a la sanción por mora por el no pago oportuno de cesantías, disposición legal de carácter general regulada por la ley 1071 de 2006 no se hace extensiva para los docentes del sector publico tal como se observó en el marco normativo citado, pues es evidente que la ley 91 de 1989 regula de manera especial el pago de las cesantías para los docentes y que dentro de sus normativas no se contempla sanción o la sanción que reclama la actora, posición que a su vez ha sido adoptada por el honorable tribunal contencioso administrativo del valle del cauca sala de descongestión, al manifestar " de este modo al tenerse que en materia de prestaciones los docentes se encuentran regulados por la ley 91 de 1989 la cual no contempla sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías de conformidad con las normatividad aplicable al presente caso y de criterios jurisprudenciales.

El Ministerio Público: No presentó concepto final.

Escuchadas las alegaciones de las partes, se dio por terminada la fase de alegatos y se expresó que la sentencia se proferiría dentro de los 30 días siguientes a la citada diligencia de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 182 del CPACA.

Contra las decisiones tomadas en la audiencia inicial no se interpuso recurso.

CONSIDERACIONES

Los presupuestos procesales han de verificarse previamente, por ello decimos que se encuentran satisfechos en el sub-lite, pues se cumple con las exigencias de ley en cuanto a jurisdicción y competencia del Juzgado, para conocer del asunto debatido, tanto la actora como la parte demandada, tienen capacidad para ser parte, por el hecho de ser persona natural el primero y poder disponer de sus derechos y el

REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

último nombrado, por ser persona jurídica de derecho público, así mismo gozan las partes de capacidad procesal.

Ejercieron las partes de manera idónea el derecho de postulación, por medio de apoderado.

Está demostrada la legitimación en la causa tanto por activa, como por pasiva.

PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

a) *Establecer si el acto administrativo demandado, esto es, Resolución N° 002572 del 26 de mayo de 2014, se encuentra afectado de nulidad por haber el administrador para el sector educativo del Departamento del Chocó negado a la señora DEINA OSIRIS PEREA PEÑA el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 2° de la ley 244 de 1995 subrogada por el artículo 5 de la ley 1071 de 2006, generada por la mora en el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales, las mismas que fueron solicitadas el 27 de septiembre de 2012 y reconocidas mediante Resolución N° 001632 del 20 de marzo de 2013 y cancelada el 23 de agosto de la misma anualidad.*

b) *Verificar si se encuentra si se encuentra probada alguna excepción que el despacho deba declarar de oficio que exima de responsabilidad a la entidad accionada frente a la pretensión de la parte actora.*

Para resolver el problema jurídico planteado el despacho abordará el siguiente esquema conceptual: i) lo probado en el proceso, ii) el marco normativo y jurisprudencial de la sanción moratoria y iii) el caso concreto.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

De las pruebas arrumadas al plenario, el despacho encuentra probado lo siguiente:

Que la señora DEINA OSIRIS PEREA PEÑA en su condición de docente en el Departamento del Chocó le solicitó a la Administración Temporal para el Sector Educativo en el Departamento del Chocó el día 27 de septiembre de 2012 el reconocimiento y pago de las cesantías parciales para compra de vivienda[1].

Que mediante resolución No. 1632 del 20 de marzo de 2013 el Administrador Temporal para el sector educativo en el Departamento del Chocó en ejercicio de las facultades que le confiere el Decreto Ley 028 de 2008, el Decreto 2911 de 2008 y 2613 de 2009, la Resolución No. 1794 de 2009, resolución No. 1893 del 5 de julio de 2012 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la resolución No. 440

[1] Afirmación que se desprende de la lectura del primer considerando de la resolución No. 1632 del 20 de marzo de 2013 visible a folios 23-24.

REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

de 2009, expedida por el Ministerio de Educación, ley 91 de 1989, decreto 2831 de 2005 y la ley 962 de 2005 le reconoció y ordenó pagar a la señora DEINA OSIRIS PEREA PEÑA la suma de $29.261.202, por concepto de liquidación parcial de cesantías. Acto administrativo que fue notificado el 8 de abril de 2013 (folios 23-24).

Que según recibo emitido por el Banco BBVA de fecha 23 de agosto de 2013 a la señora DEINA OSIRIS PEREA PEÑA le fue consignado en su cuenta el día 1 de agosto de dicha anualidad, el valor de $29.261.202 lo cual corresponde a sus cesantías parciales. (folio 22).

Que el día 8 de mayo de 2014 la señora DEINA OSIRIS PEREA PEÑA por conducto de apoderado le solicitó al Administrador Temporal para el sector educativo en el Departamento del Chocó – Secretaria de Educación del Departamento del Chocó – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que a través de acto administrativo se le reconociera y pagará a su favor la sanción moratoria prevista en el artículo 2º de la ley 244 de 1995 como consecuencia de la mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales. (folios 16 al 20).

Con ocasión a la solicitud referida en precedencia, el Administrador Temporal para el sector educativo en el Departamento del Chocó en ejercicio de las facultades que le confiere el Decreto Ley 028 de 2008, el Decreto 2911 de 2008 y 2613 de 2009, la Resolución No. 1794 de 2009, resolución No. 1893 del 5 de julio de 2012 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la resolución No. 440 de 2009, expedida por el Ministerio de Educación, ley 91 de 1989, decreto 2831 de 2005 y la ley 962 de 2005 mediante resolución No. 2573 del 26 de mayo de 2014 le negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por considerar que el pago de las cesantías definitivas se hizo dentro del plazo establecido para tal efecto. (folios 14 y 15).

ANALISIS DEL CASO

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA SANCION MORATORIA

La Ley 244 de 1995[2], por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establece sanciones y se dictan otras disposiciones, señala:

> "*Artículo 1º. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las* ***Cesantías Definitivas****, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal 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 informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días*

[2] Modificada por la Ley 1071 de 2006.

REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

***Artículo 2º.-** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de **las Cesantías Definitivas** del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

Parágrafo.-** En caso de mora en el pago de las cesantías 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 éste.**"

Por su parte, el parágrafo del artículo 5 de la ley 1071 de 2006, modificatoria de la ley en comento, dispuso:

> "***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.*"(subrayado y negrilla del despacho).

Significa lo anterior, que la sanción moratoria es procedente frente a los casos de no pago oportuno de las cesantías definitivas y parciales, ello, en virtud de la finalidad que cumple esta prestación social.

En relación con el momento a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la sanción moratoria, el Consejo de Estado, en sentencia del 28 de septiembre de 2006, señaló[3]:

[3] Consejo De Estado - Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - SUBSECCION "B" - Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO - Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil seis (2006).- Radicación número: 23001-23-31-000-2000-00433-01(8308-05) - Actora: CARMEN ISABEL BELTRAN RAMIREZ

REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

"La Sala ha venido expresando que para lograr la efectividad de la previsión normativa contemplada en el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 el momento a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas ***en los eventos en que no exista acto de reconocimiento*** *debe contabilizarse en la siguiente forma:*

Se toma la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas con los anexos que corresponda. Desde esa fecha deben computarse, conforme a los términos a los que alude la Ley 244 de 1995, quince (15) días hábiles para "expedir la Resolución correspondiente" *de liquidación de las cesantías definitivas, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir de la fecha en la cual haya quedado en firme dicha resolución, para efectuar el pago de la prestación social. Esto implica que deben contabilizarse en total sesenta (60) días hábiles a partir de la petición, más el término de ejecutoria de la resolución correspondiente, que ordinariamente corresponde a cinco (5) días hábiles, para un gran total de sesenta y cinco (65) días hábiles.*

En conclusión, cuando la entidad no se pronuncie frente a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, el término para el cálculo de la indemnización moratoria comenzará a computarse a partir del día siguiente a los sesenta y cinco (65) días hábiles posteriores a la radicación de la petición de cesantías definitivas que obviamente debe ser posterior al retiro.

De otra parte, se precisa que la Ley 244 de 1995 comenzó a regir el 29 de diciembre de 1996, habida cuenta del plazo de gracia de un (1) año que se otorgó en el parágrafo del artículo 3º ibídem *y que fue declarado exequible mediante la sentencia C-448 de 1996 proferida por la Corte Constitucional.*

Ahora bien, en los eventos en los cuales la administración haya expedido el acto de reconocimiento, la sanción moratoria nace conforme a lo previsto en el artículo 2º de la mencionada Ley, cuando quiera que no se paguen en el plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles las cesantías definitivas una vez quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación.

En estos casos, transcurrido el lapso de cuarenta y cinco (45) días hábiles, desde la expedición de los actos de reconocimiento, surge el derecho de interponer la acción contenciosa de nulidad y restablecimiento del derecho contemplada en el artículo 136 del C.C.A. en el lapso de cuatro (4) meses allí previsto, con la finalidad de lograr la anulación parcial de los citados actos ***en orden a obtener el***

REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

reconocimiento de la sanción moratoria desde que surgió el derecho (cuarenta y cinco 45 días después) y hasta el pago efectivo."

Posteriormente, la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de fecha 27 de marzo de 2007 estableció a partir de qué fecha se debe comenzar a contabilizar la moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía, en los siguientes términos:

> *"(…) Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria. (…)*
>
> *En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. (…)"*[4]

En igual sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia del 4 de mayo de 2011[5]; señaló:

> *"Es obligación de las entidades estatales en su calidad de patronos, el pago oportuno de las cesantías, so pena de incurrir en la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de mora en el pago.*
>
> *La Ley 244 de 1995, vigente para el momento de los hechos[6], establecía en el artículo primero un plazo de 15 días hábiles desde el momento de presentación de la solicitud por parte del servidor público, para que la entidad empleadora expidiera la resolución correspondiente*

[4] Sentencia de 27 de marzo de 2007, M.P. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, Exp. No. 76001233100020000251301 (2777-2004), ACTOR: JOSÉ BOLÍVAR CAICEDO RUIZ.

[5] Consejo De Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio - Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil once (2011).- Radicación número: 19001-23-31-000-1998-02300-01(19957) - Actor: Medardo Torres Becerra

[6] Modificada por la Ley 1071 de 2006

REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

a la liquidación de las cesantías definitivas en caso de reunir los requisitos de ley.

En conformidad con el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, la indemnización a que da lugar el no pago oportuno de las cesantías, corresponde a un día de salario por cada día de retardo, contado a partir del vencimiento de los 45 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la resolución que contiene el reconocimiento de esa prestación, en tanto el reconocimiento se haya hecho en la oportunidad establecida en la norma".

Teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial referido, es claro para el despacho, que la sanción moratoria surge en la medida en que la administración no pague las cesantías dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles a la ejecutoria del acto de reconocimiento de las prestación y en los casos en que dicho acto no se haya expedido, la sanción inicia dentro de los sesenta y cinco (65) días siguientes a la radicación de pago de la solicitud de pago de las cesantías.

EL CASO CONCRETO

Se encuentra acreditado en el sub lite que la señora PEREA PEÑA el 27 de septiembre de 2012 solicitó el reconocimiento de sus cesantías parciales con destino a compra de vivienda, las cuales fueron reconocidas mediante la Resolución No. **1632 del 20 de marzo de 2013**, en los siguientes términos:

"(…) *Que por lo anterior el pago solamente podrá realizarse cuando exista disponibilidad presupuestal para el efecto, tal como lo señala el artículo 14 de la ley 344 de 1996, el cual establece:*

"...Las cesantías parciales o anticipos de cesantías de los servidores públicos, solo podrán pagarse cuando exista apropiación presupuestal para tal efecto..."

(…).".

Ahora bien, de conformidad con el recibo del Banco BBVA, el **1 de Agosto de 2013** la Fiduciaria La Previsora consignó las cesantías parciales que le fueron reconocidas a la accionante.

El 8 de mayo de 2013 la demandante solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria originada en el pago tardío del auxilio de cesantías parciales; sin embargo, mediante resolución No. 2573 del 26 de mayo de 2014, el Administrador Temporal para el Sector Educativo en el Departamento del Chocó, negó dicha petición justificando la tardanza en el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías parciales, en el hecho del estricto cumplimiento del procedimiento establecido para tal efecto en la ley 91 de 1989, el decreto 2831 de 2005 y la ley 962 de la misma anualidad.

REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

No obstante ello, para el despacho es claro que tales explicaciones no desdibujan el hecho que entre la fecha de la solicitud de las cesantías parciales y la expedición del acto administrativo de reconocimiento se superaron en exceso los 15 días hábiles establecidos por el legislador para tal efecto. Corriendo la misma suerte el pago, pues el mismo se efectúo mucho tiempo después de que se cumplieran los 45 días como lo prevé la norma.

Con fundamento en lo anterior se demuestra que la administración omitió el cumplimiento de los términos establecidos en la ley tanto para el reconocimiento como para el pago de las cesantías parciales reclamadas por la demandante, es decir, 15 días para expedir el acto de reconocimiento, 10 más que corresponden al término de la ejecutoria[7] y 45 días dentro de los cuales debía realizar el pago. En efecto, de acuerdo con el anterior conteo el pago debió producirse el **11 de enero de 2013,** pero solo se hizo hasta el 1 de agosto de 2013, por lo cual, se causó la sanción moratoria entre el **12 de Enero de 2013 y 31 de julio de 2013**, que deberá ser pagada por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así las cosas, se accederá a las suplicas de la demanda por haberse desvirtuado la legalidad del acto acusado.

Por último, no se ordenará indexación sobre lo que resulte de dicha suma atendiendo la sentencia de la Corte Constitucional C-448 de 1996, la cual se transcribe en lo pertinente.

> *"(…) 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, es que 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*

[7] Artículo 76 del CPACA, teniendo en cuenta que cuando la señora PEREA PEÑA presentó la solicitud ante la Administración ya había entrado en vigencia el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que prevé que los recursos de reposición y apelación contra los actos administrativos deberán interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación y/o publicación.

REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

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 por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización moratoria sino que incluso es superior a ella." (Destaca el despacho).*

CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – ley 1437 de 2011, instituye un régimen objetivo de condena en costas, que impone al juez contencioso la determinación de las mismas de conformidad con el marco normativo definido en el Código de Procedimiento Civil; sin embargo como ésta disposición normativa para la Jurisdicción Contenciosa Administrativa quedó derogada desde el 1 de enero de 2014, se tendrá en cuenta para tales efectos, lo dispuesto en el Código General del Proceso.

En virtud de lo anterior, y siendo consecuentes con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 365 del C.G.P. en concordancia con el artículo 3 del Acuerdo 1887 de 2007 de la Sala Administrativa del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, el despacho condenará en costas a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por haber sido vencido en el presente asunto, fijando como agencias en derecho, la suma equivalente a SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL PESOS ($644.000). Por secretaría liquídense las costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo Mixto del Circuito de Quibdó, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARESE LA NULIDAD de la resolución No. 2573 del 26 de mayo de 2014 por medio de la cual el Administrador Temporal para el Sector Educativo en el Departamento del Chocó en ejercicio de las facultades que le confiere el Decreto ley 028 de 2008, el decreto 2911 de 2008 y 2613 de 2009, la resolución No. 1794 de 2009, resolución No. 1893 del 5 de julio de 2012, resolución No. 2136 del 5 de julio de 2013 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la resolución No. 4440 de 2009 expedida por el Ministerio de Educación, Ley 91 de 1989, decreto 2831 de 2005 y la ley 962 del mismo año, le niega a la señora DEINA OSIRIS PEREA PEÑA el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías parciales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, ordénese a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a reconocer y pagar a la señora DEINA OSIRIS PEREA PEÑA, identificada con la cedula de ciudadanía número 39.302.183 de Turbo, la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales, desde el día 12 de enero de 2013 al 31 de julio de 2013, dentro de las precisiones previstas en esta sentencia.

TERCERO: CONDENESE en costas a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, las cuales serán liquidadas por secretaria y para tal efecto debe seguirse el procedimiento establecido en los artículos 365 y 366 del C.G.P.

CUARTO: FIJENSEN como agencias en derecho la suma de SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL PESOS ($644.000), conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: La entidad demandada dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 192 y 195 del CPACA. Para su cumplimiento, expídase copia autentica de la sentencia, con constancia de ejecutoria, a la demandante, al Ministerio Público y a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO; conforme a lo dispuesto en los artículos 192 y ss de CPACA, 114 del C.G.P y 37 del Decreto 359 del 22 de febrero de 1995.

SEXTO: Ejecutoriada la presente providencia archívese el expediente previo las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DUNNIA MADYURI ZAPATA MACHADO
Jueza