

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



Consejo Superior
de la Judicatura

JUZGADO DIECINUEVE (19) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SANTIAGO DE CALI - VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, lunes, 13 de febrero de 2023

Radicación	76001-33-33-019-2018-00266-00
Acción	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante	Gloria Escobar Portocarrero
Apoderado (a)	hurtadoangel@hotmail.com gestionesjuricashm@gmail.com
Demandado	Nación-Ministerio de Educación-FOMAG notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co notijudicial@fiduprevisora.com.co procesosjudicialesformag@fiduprevisora.com.co
Apoderado (a)	Angie Marcela Alfonso Bonilla
Min. Público	Rubiela Amparo Velásquez Bolaños procjudadm58@procuraduria.gov.co

SENTENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 181 de Ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia en primera instancia dentro del medio de control de la referencia, conforme la siguiente motivación:

Demanda.

Mediante apoderada judicial, Gloria Escobar Portocarrero formuló el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con el propósito de declarar la nulidad del acto ficto de silencio administrativo negativo surgido de la no contestación de la petición radicada el 6 de marzo de 2015, que negó el reconocimiento y pago de una sanción moratoria por el no pago oportuno de unas cesantías definitivas de conformidad con las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Esta petición tiene fundamento en los siguientes hechos:

- La demandante solicitó cesantías el día 11 de febrero de 2013.
- Dichas cesantías fueron reconocidas mediante Resolución No. 4143.0.21.6603 de 23 de septiembre de 2013. Las cesantías fueron canceladas el día 18 de noviembre de 2013.

Trámite Procesal

Notificada en legal forma la demanda, la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG no contestó la demanda.

El 4 de marzo de 2020, se realizó la audiencia inicial en donde estando el proceso en la etapa de alegatos se solicitó una prueba de oficio.

Mediante providencia del 18 de noviembre de 2022, se cerró incidente de desacato contra el Presidente de Fiduprevisora y se pasó el expediente para sentencia.

Consideraciones

Es del caso analizar si en el caso bajo examen, hay lugar al reconocimiento y pago de la sanción moratoria en los términos establecidos en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Sanción moratoria por no pago de cesantías FOMAG.

Para resolver el problema jurídico planteado, se tendrá en cuenta lo establecido en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, subrogado por el artículo 5 de la 1071 de 2006 que en su tenor literal pregona:

“ARTÍCULO 2o. <Artículo subrogado por el artículo 5o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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 del 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.”

Quiere decir entonces que las entidades a las que les corresponda el pago de las cesantías parciales o definitivas, en el evento en que se excedan del plazo de 45 días hábiles, cancelarán como sanción el monto equivalente a un día de salario hasta que se haga efectivo el desembolso.

La Ley 1071 establece, a diferencia de su antecesora, unos condicionamientos que amplían la protección de los trabajadores al expandir su campo de aplicación a 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.*”

Es más, si se hace una lectura detallada de la norma anterior, se puede determinar que el legislador, además de transcribir el artículo 123 constitucional en lo que se comprende por servidor público, sumó al ámbito de aplicación de las preceptivas de ese cuerpo normativo a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas y a los trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro.

Enumeración que no excluye a ninguno de los servidores públicos, por lo que se entiende, sin lugar a hesitaciones que los docentes son cobijados por las prerrogativas contenidas en la Ley 1071 de 2006. De suerte, que es válido afirmar que la sanción moratoria impuesta a aquellas situaciones en las que no se cancelen oportunamente las cesantías al grupo de trabajadores reseñados en el artículo segundo de la Ley 1071, es aplicable a aquellos servidores afiliados al Fondo Nacional del Magisterio, en atención a que no fueron exceptuados.

Para afirmar lo dicho el Juzgado se remite a lo explicado por la Corte Constitucional en las sentencias C-486 de 2016 y SU- 336 de 2017.

Caso concreto.

De la resolución 4143.0.21.6603 del 23 de septiembre 2013, se desprende que la señora

Gloria María Escobar Portocarrero, ocupaba el cargo de docente nacionalizado SF de Institución Educativa El Diamante del Municipio hoy Distrito de Cali, lo que la acredita como una empleada que tiene derecho a que en su caso se verifique, si el ente demandado al momento de cancelar sus cesantías, tuvo en cuenta los términos establecidos en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

No sin antes decir que, de acuerdo a la sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo de 2007, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Exp. No. 760012331000200002513 01 (2777-2004), Actor: José Bolívar Caicedo Ruiz, la mora debe contarse a partir de la radicación de la solicitud de cesantía, tomándose 65 días hábiles, los cuales hacen referencia a: 15 días para resolver la petición, 5 días que corresponden al término de ejecutoria del acto administrativo que resuelve la solicitud y 45 días dentro de los cuales se debía pagar lo requerido.

No obstante lo anterior, cuando la solicitud de cesantías se propone en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el término debe contarse no por 65 días sino por 70 días, porque el artículo 76 de la mencionada codificación dispuso un término de 10 días para la ejecutoria de los actos administrativos, lo cual fue ratificado en la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Segunda SUJ-012-S2, del 18 de julio de 2018, Expediente:73001-23-33-000-2014-00580-01, No. Interno: 4961-2015, actor: Jorge Luis Ospina Cardona.

Al descender en el caso en concreto se observa que la petición encaminada al reconocimiento prestacional se hizo el 11 de febrero de 2013, por lo que la fecha para desembolsar dinero solicitado era el 27 de mayo de ese año, empero tal como consta la certificación allegada por la Fiduprevisora, sólo se puso a disposición el 18 de noviembre de esa misma anualidad, es decir, que la sanción moratoria se produjo en el interregno comprendido entre el 28 de mayo y el 18 de noviembre de 2018, **174 días**.

Sin embargo, el expediente da cuenta que la petición del 6 de marzo de 2015, de la que se dice que surge el silencio administrativo negativo que aquí se controla, nunca fue radicado ante la entidad.

Ante esta situación, en la audiencia inicial celebrada el 4 de marzo de 2020, se pidió como prueba de oficio una certificación por parte de la Fiduprevisora sobre el recibo de la petición del 9 de marzo de 2015.

Nuevamente por auto del 25 de noviembre de 2021, fueron requeridos tanto el entonces presidente de la Fiduprevisora Dr. Ricardo Castiblanco Ramírez, como la apoderada de la parte demandante sobre la petición del 9 de marzo de 2015.

Frente a este nuevo requerimiento la entidad señaló el 12 de diciembre de 2021 que: *“...una vez revisada la base de datos ORFEO no se evidencio derecho de petición de la señora GLORIA MARIA ESCOBAR PORTOCARRERO, enviada por correo certificado el 09 de marzo de 2015.”*

Por su parte la abogada de la actora no contestó la orden.

En ese sentido, tal y como se describió ut supra, no existe constancia del envío de la petición del 9 de marzo de 2015.

Por lo tanto, este hecho genera una problemática que incide negativamente en el análisis del fondo del asunto, pues además de no existir un acto administrativo concreto sobre el cual se verifique la legalidad del proceder de la Administración, emerge con fuerza el acaecimiento de la prescripción en vista que el reclamo de la mora debió hacerse dentro de los tres años siguientes al término con el que contaba la entidad para pagar la cesantía.

Es decir, no hay constancia del recibo por parte de la entidad de la solicitud para el reconocimiento de la mora, la cual debía hacerse dentro del interregno comprendido entre el 28 de mayo de 2013 y el 28 de mayo de 2016.

Y aunque con la demanda se acompaña una solicitud dirigida por la abogada de la parte accionante a la demandada, la tirilla de la mensajería no contiene el nombre de Gloria Escobar Portocarrero, por lo que no se puede determinar que efectivamente haya enviado el reclamo.

Por consiguiente, al no corroborarse el haberse radicado el reclamo de la sanción moratoria en el lapso del 28 de mayo de 2013 al 28 de mayo de 2016, no puede concederse la sanción moratoria pedida.

Circunstancia que impone en consecuencia la negación de las pretensiones de la demanda.

No se condena en costas al no existir pruebas de su causación.

En razón y mérito de lo expuesto, el Juzgado Diecinueve Administrativo del Circuito de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROGERS ARIAS TRUJILLO
JUEZ