

Radicado: 27001-33-33-004-2020-00089-01
Medio: Nulidad y Restablecimiento
Demandante: Dorcelina Chocho Carpio
Demandado: FNPSM
Referencia: Apelación de sentencia

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ

Quibdó, treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Sentencia No. 134.

RADICACIÓN NÚMERO: 27001333300420200008901.
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEMANDANTE: DORCELINA CHOCHO CARPIO
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

REFERENCIA: APELACIÓN SENTENCIA

MAGISTRADO PONENTE: ARIOSTO CASTRO PEREA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia No. 036 del 26 de marzo del 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Quibdó, dentro del proceso promovido por Dorcelina Chocho Carpio contra la Nación – Ministerio De Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que declaró la nulidad del acto ficto o presunto y ordenó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

1. Síntesis del caso.

La señora Dorcelina Chocho Carpio, mediante apoderado judicial, reclama el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, resultante del pago tardío de sus cesantías definitivas.

2. Antecedentes.

2.1 La demanda.

Primero: La señora Dorcelina Chocho Carpio, solicitó el día 15 de febrero de 2017 el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, siendo esta reconocidas mediante la **resolución No. 1141** del 23 de marzo de 2017.

Segundo: Dicha prestación fue puesta a disposición de la actora el 27 de julio de 2017 en entidad bancaria.

Tercero: El día 19 de septiembre de 2017, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, siendo esta resuelta de manera negativa en forma ficta.

Calle 24 No. 1 – 30, Palacio de Justicia – Oficina 405
Correo electrónico: des02tacho@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono 6 71 39 82

Radicado: 27001-33-33-004-2020-00089-01
Medio: Nulidad y Restablecimiento
Demandante: Dorcelina Chocho Carpio
Demandado: FNPSM
Referencia: Apelación de sentencia

3. PRETENSIONES

La apoderada de la parte demandante, formuló como tales las siguientes:

“Primero: Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 22 de abril de 2018, frente a la petición del día 22 de enero de 2018, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora, establecida en la ley 244 de 1995 y ley 1071 del 2006, equivalente a un 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 demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

Segundo: Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a que reconozca y pague la sanción por mora, establecida en la ley 244 de 1995 y ley 1071 del 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de las cesantías ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

Tercero: Que se ordene a Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dar cumplimiento del fallo dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administración y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A)

Cuarto: Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la Sanción moratoria referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

Quinto: Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduprevisora al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria reconocida en esta sentencia.

Sexto: Condenar en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la ley 1395 de 2010”.

4. Trámite procesal.

Se admitió la demanda mediante auto interlocutorio N° 501 del 31 de agosto de 2020 y se ordenó su notificación a las entidades demandadas y al Ministerio Público (fls. 25 a 26).

4.1. Contestación de la demanda.

NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Pese haber sido notificada en debida forma, la entidad no realizó la contestación de la demanda.

5. Audiencia Inicial.

En virtud del artículo 13 del Decreto 806 de 2020, se dio traslado por diez (10) días a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión por escrito y el Ministerio Público, emitiera concepto de fondo.

Calle 24 No. 1 – 30, Palacio de Justicia – Oficina 405
Correo electrónico: des02tacho@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono 6 71 39 82

Radicado: 27001-33-33-004-2020-00089-01
Medio: Nulidad y Restablecimiento
Demandante: Dorcelina Chocho Carpio
Demandado: FNPSM
Referencia: Apelación de sentencia

6. Sentencia de primera instancia.

La sentencia No. 036 del 26 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Quibdó, donde declaró la nulidad del acto ficto o presunto en razón a la no respuesta a la petición del 22 de enero de 2018 y ordenó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

La Juez luego de hacer un análisis normativo y jurisprudencial para el caso concreto concluyó que:

“Conforme el precedente jurisprudencial citada y el análisis referido, es claro para el Despacho que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el caso de la actora omitió el cumplimiento de los términos establecidos en la ley tanto para el reconocimiento como para el pago de las cesantías definitivas por ella reclamadas, es decir, 15 días para expedir el acto de reconocimiento, 10 días más que corresponden al término de la ejecutoria, por cuanto la solicitud fue radicada en vigencia del CPACA y 45 días dentro de los cuales debía realizar el pago.

En efecto, de acuerdo con el anterior conteo, el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas reclamadas por la actora debió producirse el día 26 de mayo de 2017 y se hizo el 27 de julio de 2017.

Así las cosas, es claro que para el Despacho que se causó la sanción moratoria deprecada en este asunto por la Señora Dorcelina Chocho, razón por la cual e accederá a las suplicas de la demanda, al haberse desvirtuado la presunción de legalidad de que goza el acto acusado.

Como consecuencia de la anterior y a título de restablecimiento del derecho deprecado por la parte actora, el Despacho le ordenará a la Nación – Ministerio de Educación Nacional. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagarle un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantías definitivas, desde el 27 de mayo de 2017 día siguiente a la fecha en que se debió cancelar dicha prestación hasta el 26 de julio de 2017, el día anterior a la fecha en que se produjo el pago, para lo cual tendrá en cuenta el salario devengado en el último año de servicio, esto es 2016.

...

En mérito de lo expuesto, el juez de primera instancia.

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARESE la nulidad del acto ficto o presunto surgido del silencio administrativo negativo al omitir la entidad demandada dar respuesta a la petición de fecha de 22 de enero de 2018 relacionada con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de la señora **Dorcelina Chocho Carpio**, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, ordénese a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar a la señora Dorcelina Chocho Carpio identificada con la cedula de ciudadanía No. 43.416.198 de Dabeiba, **un día de salario por cada día de mora en el pago de sus cesantías definitivas, desde el 27 de mayo al 26 de julio de 2017**, en los términos y condiciones previstas en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas.

CUARTO: La entidad demandada dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 192 y 195 del CPACA, Para su cumplimiento, expídase copia auténtica 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 términos 192 y ss de CPACA, 114 del C.G.P y 37 del decreto 359 del 22 de febrero de 1995.

QUINTO: Ejecutoria la presente providencia, archívese el expediente y cancélese su radicación previa las anotaciones de rigor.

Calle 24 No. 1 – 30, Palacio de Justicia – Oficina 405
Correo electrónico: des02tacho@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono 6 71 39 82

7. Recursos De Apelación.

La apoderada de la parte demandada, **apeló la decisión de instancia**, y para ello, expresa que *“la sanción moratoria a la que hubo lugar ya fue cancelada por vía administrativa desde el 09 de diciembre de 2020 y lo procedente era que la parte demandante desistiera de las pretensiones por lo que hacer extensiva una sanción en los estrados judiciales conllevaría a una doble sanción para la administración, que bien corrigió su actuación por vía administrativa la sanción moratoria, es por ella que propone como excepción, pago de la obligación”*

No hay en el expediente constancia que hubieran presentado alegatos de conclusión tanto las partes como el Ministerio Público.

8. Consideraciones.

Agotado el trámite legal del proceso ordinario dentro del presente asunto, encontrándose en la oportunidad para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida en primera instancia y sin que se evidencien vicios que acarreen nulidades y requieran el ejercicio de control de legalidad por parte del órgano judicial, se procederá a plantear el siguiente:

9. Presupuestos procesales

10. Jurisdicción y competencia.

La jurisdicción administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es competente el Tribunal Administrativo de Chocó para resolver el recurso de alzada interpuesto por la parte accionada en contra de la sentencia de primera instancia, proferida por un Juez Administrativo de Quibdó.

11. Cuestión previa.

Al respecto debe resaltarse que de conformidad con lo estipulado por el artículo 31 de la Carta, a la apelación se le confiere el carácter de medio de defensa y no el de propiciar una revisión *«per se»* de lo ya resuelto; de manera, que mientras la otra parte no apele, el apelante tiene derecho a que tan solo se examine la sentencia en aquello que le es desfavorable, contrario a lo resuelto en las providencias que a su juicio considera que se vulneró los derechos alegados.

Sobre el particular, vale la pena recordar que el artículo 281 del Código General del Proceso (C. G. del P.), aplicable a los asuntos de la jurisdicción contencioso-administrativa por remisión expresa del artículo 306¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C. de P. A. y de lo C. A.), establece:

“Artículo 281. Congruencias. *La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. (...).”*

¹ Ley 1437 de 2011: **“ARTÍCULO 306. ASPECTOS NO REGULADOS.** *En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código del Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.*

Radicado: 27001-33-33-004-2020-00089-01
Medio: Nulidad y Restablecimiento
Demandante: Dorcelina Chocho Carpio
Demandado: FNPSM
Referencia: Apelación de sentencia

Asimismo, debe señalarse que en lo que se refiere a las providencias de segunda instancia, el principio de congruencia limita la competencia del ad quem al estudio de los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, tal como lo prevé el artículo 328 (inciso 1°) del C. G. del P., así:

“Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. (...).”

Al respecto, el H. Consejo de Estado ha precisado que:

“Para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo”.²

En esa misma línea de pensamiento ver sentencia del veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017), donde el H. Consejo de Estado hizo un breve antecedente jurisprudencial sobre el principio de consonancia de la decisión judicial.³

En esa medida, la Sala establece el siguiente,

12. Problema jurídico:

De acuerdo a los cargos formulados por la parte demandada en el recurso de apelación, le corresponde a la Sala establecer en el fondo del asunto, y de conformidad con la alzada, si fue acertada la decisión del a quo al declarar la nulidad del acto administrativo, o si le asiste razón a la parte demandada cuando alega la prohibición de doble sanción, pues ya ha realizado la cancelación de la sanción moratoria por vía administrativa.

13. Hechos probados.

De conformidad con los medios probatorios allegados oportunamente al proceso, se demostraron los siguientes hechos:

La actora solicitó el pago de sus cesantías definitivas, el 15 de febrero de 2017 de acuerdo a lo expresa en la resolución No. 1141 del 23 de marzo de 2017 donde la entidad demandada reconoció las cesantías definitivas, siendo esta notificada el 02 de mayo de 2017 (fl. 13 a 15).

Las cesantías definitivas a la actora fueron pagadas el día 27 de julio del 2017, (fl. 20).

² Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera, subsección A, sentencia de 26 de febrero de 2015, exp. 1999-00878-01, M.P. (E) Hernán Andrade Rincón.

³ Consejero Ponente: César Palomino Cortés, veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017), Ref: Expediente No. 250002342000201401139 01, Número Interno: 458-2015, Demandante: Martha Isabel Valero Moreno, Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), Tema: Reconocimiento de Pensión de Jubilación

Posteriormente, la actora solicitó el pago de la sanción moratoria el 19 de septiembre de 2017 (fls. 19)

Dicha reclamación, elevada por la actora no tuvo respuesta por parte de la administración.

14.LA SANCIÓN MORATORIA.

La ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006, dispone que:

“...ARTÍCULO 1o. Artículo subrogado por el artículo 4o. de la ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente: 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.

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 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...”

El propósito del legislador al establecer una sanción por el retardo en el pago de las cesantías quedó expresado en la exposición de motivos así:

“...la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites. Este hecho origina además cierto tipo de favorecimiento y que se modifique el orden de radicación de las solicitudes, prácticamente al mejor postor.

Además de este factor de corruptela y tras la tortuosa espera, cuando el final se paga al trabajador su cesantía, tan sólo se le entrega lo que certificó la entidad patronal meses, y hasta años, atrás, al momento de la liquidación. Ni un peso más. No obstante que la entidad pagadora, los Fondos, durante todo ese tiempo han estado trabajando esos dineros a unos intereses elevados, con beneficio para la institución, pero sin ningún reconocimiento para el trabajador.”⁴.

De lo expuesto se extrae, que el legislador quiso buscar objetividad, igualdad y agilidad en el pago de las cesantías, porque con ello se evitaba la corrupción que tales trámites conllevaban. De otra parte, castigar la inercia de la administración y el incumplimiento de la entidad.

⁴ Gaceta del Congreso año IV - N°. 225 del 5 de agosto de 1995.

Radicado: 27001-33-33-004-2020-00089-01
Medio: Nulidad y Restablecimiento
Demandante: Dorcelina Chocho Carpio
Demandado: FNPSM
Referencia: Apelación de sentencia

No trae consigo la norma ninguna excepción a la aplicación de la sanción, lo que quiere decir, que, si no se pagó dentro del término estipulado para ello, la sanción se aplica.

De lo hasta aquí dicho, puede afirmar la Sala que la ley 244 de 1995, artículo 1 al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores.

Cabe precisar que el artículo 2º de la ley 244 de 1995, subrogado por el artículo 5º de la ley 1071 de 2006, al disponer *“sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional del Ahorro”, dejó a salvo lo previsto en el artículo 31 del decreto 1453 de 1998, que estableció para el Fondo Nacional de Ahorro la obligación de pagar la cesantía parcial de sus afiliados, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud.*

En reciente providencia de unificación, al H. Corte Constitucional, dijo⁵:

“3.1.1. 3.1.1. “El pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social.

La tardanza o falta de pago de las cesantías genera una afectación para el trabajador que desconoce a su vez otras garantías fundamentales y desdibuja el propósito mismo por el cual fueron establecidas a su favor.

Según se expuso, el auxilio de las cesantías es un derecho irrenunciable de todo trabajador, que cumple con una importante función social ante la eventualidad del desempleo o para satisfacer otras necesidades vitales del trabajador y de su núcleo familiar. Por su propia naturaleza jurídica, por ser una de las prestaciones sociales más importantes para los trabajadores y para su núcleo familiar, y por tratarse de un respaldo económico para el acceso a bienes y servicios, o como único sustento en caso de quedar cesante, la tardanza o falta de pago de las cesantías desestabiliza el bienestar social del trabajador y transgrede la finalidad por la cual fue instituida

Precisamente, lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva y, por otro, en el caso del pago parcial de cesantías, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades. Es por ello, que la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido, que haría aún más gravosa su condición de trabajador cesante.

Por ser un derecho del cual es sujeto todo trabajador sin distinción alguna, la Sala concluye que en aplicación de los postulados constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación sobre la naturaleza de las cesantías y a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, a los docentes oficiales les es aplicable el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, que contempla la posibilidad de reconocer a favor de estos la sanción por el pago tardío de las cesantías previamente reconocidas”.

La Sala seguirá los planteamientos esgrimidos por la H. Corte Constitucional, como quiera que el valor normativo del Precedente de las Altas Cortes, resultan obligatorios para todos los jueces, cuando se trate de precedente en materia de interpretación de derechos fundamentales emanados por la Corte Constitucional⁶.

⁵ SU – 336 de 2017 M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

⁶ Sentencia C-621 de 2015.

Radicado: 27001-33-33-004-2020-00089-01
Medio: Nulidad y Restablecimiento
Demandante: Dorcelina Chocho Carpio
Demandado: FNPSM
Referencia: Apelación de sentencia

En recientes pronunciamientos, el H. Consejo de Estado en su Sección Segunda, ha sido enfática en manifestar que cuando la administración, sobrepasa los límites temporales legales para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías bien definitivas, ora parciales, debe si y solo si, reconocer al docente un día de salario por cada día de retardo injustificado⁷.

20. Sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.

Mediante la ley 1071 de 2006 «*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.*», en el artículo 4.º señaló:

« [...] 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 [...]”

En concordancia con la norma anterior, el artículo 5º de la mencionada ley, reguló la sanción moratoria:

« [...] 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 [...]»

De la normativa transcrita se observa que el legislador le dio un término a la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, por ende, debe estudiarse cada caso en concreto, pues si el acto administrativo se expide dentro del término legal conferido, los 45 días para el pago comienza a contabilizarse desde la firmeza del mismo.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: **WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, sentencia del 1 de febrero de 2018, Radicación Número: 08001-23-33-000-2013-00527-01(4610-14), Actor: Carlos Alberto Gutiérrez Cárdenas, Demandado: Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla – Contraloría Distrital de Barranquilla, Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Ley 1437 de 2011, Sentencia O-0011-2018.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: **WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, sentencia del 7 de diciembre de 2017, Radicación Número: 08001-23-33-000-2012-00369-01(3447-14), Actor: José Agustín Herrera Sara, Demandado: Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y Contraloría Distrital de Barranquilla, Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Ley 1437 de 2011, Sentencia O-0157-2017.

Radicado: 27001-33-33-004-2020-00089-01
Medio: Nulidad y Restablecimiento
Demandante: Dorcelina Chocho Carpio
Demandado: FNPSM
Referencia: Apelación de sentencia

No obstante, si la entidad sobrepasa el término para emitir el acto de reconocimiento, por culpa de la entidad y no del solicitante, no es procedente inferir que el término de la sanción moratoria empieza a contarse desde la firmeza del acto administrativo expedido tardíamente, toda vez que ello atentaría contra el espíritu de la norma, que es darle un tiempo prudencial a la entidad para que realice el procedimiento interno de reconocimiento y pago de una prestación social que le pertenece al servidor público por el solo hecho de laborar en la entidad.

Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado⁸, determinó la forma como se debe contabilizar la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 por el pago tardío del auxilio de cesantía, con el siguiente análisis:

«[...] 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.[...]» (Subrayado fuera del texto original).

Se aclara que adicionalmente a los 15 días para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, se debe sumar el tiempo de ejecutoria del acto, esto es: i) 5 días si la solicitud ante la administración se radicó en vigencia del CCA⁹ o, ii) 10 días si se presentó en vigencia del C. de P. A. y de lo C. A.

Con base en la providencia citada, se esquematiza la forma de contabilizar el origen de la sanción moratoria:

15 días hábiles a partir de la solicitud, para expedir el acto de reconocimiento.
5 o 10 días hábiles de ejecutoria del acto de reconocimiento, según el caso
45 días hábiles para efectuar el pago de las cesantías
En total son 65 o 70 días, según el caso

Ahora bien, respecto a la discusión sobre si los docentes oficiales, tiene o no derecho a la sanción moratoria de la ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006, en razón de que los mismos provienen de un régimen especial, fue aclarada con la reciente sentencia de unificación emitida por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, en la cual indicó⁸:

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA⁸, Sentencia de unificación por Importancia jurídica, Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018, SUJ-012-S2, Bogotá D.C., 18 de julio de 2018, Expediente No. 73001-23-33-000-2014-00580-01.

“35. Entonces, la Sección Segunda del Consejo de Estado unificará su jurisprudencia con el objeto de definir la naturaleza jurídica de los docentes oficiales, en ejercicio de la atribución de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, contemplada por mandato constitucional en el artículo 237, numeral 1, de la Constitución Política⁹, así:

3.1.1. En cuanto a la naturaleza del empleo del docente del sector oficial.

36. En aras de analizar la categoría jurídica de los educadores que prestan sus servicios al Estado, esta Sala de decisión examinará en primer lugar, la intención del poder constituido por la voluntad del pueblo soberano, al expedirse la Constitución Política de Colombia, norma superior y la base de nuestro Estado Social de Derecho¹⁰, que establece el fundamento de todo aquello desarrollado por la ley.

37. De los antecedentes del artículo 123 de la norma superior¹¹, se observó que la Asamblea Nacional Constituyente definió determinadas reglas con el fin de delimitar el concepto de servidor público, en los siguientes términos: « [...]

El tema del servidor público aparece como una preocupación muy sentida, a través de los diferentes proyectos de actos reformativos de la Constitución, que fueron sometidos a consideración de esta Asamblea, tanto como por los constituyentes como por las organizaciones no gubernamentales, [...]. en nuestro primer artículo colocamos una definición que de pronto puede parecer como no necesaria, pero a nosotros nos parece de suma importancia y es definir que los servidores públicos **están al servicio exclusivo de la comunidad, que una persona, cualquier ciudadano una vez que ocupe un cargo, un empleo, ya allí no puede actuar al servicio de un partido, de un movimiento, de un gremio, sino exclusivamente de toda la comunidad,** [...] e igualmente, repetir algo que está ya en las normas actuales, y es que los **funcionarios para el ejercicio de sus funciones tienen un límite que señala la Constitución, las leyes y el reglamento.** [...]»¹² [la Sala destaca].

38. De acuerdo con lo expuesto por el poder constituido, el fin esencial perseguido era la consecución de la **neutralidad en el ejercicio del servicio público**, el cual estaba sectorizado por los diferentes partidos políticos, así como los intereses particulares de sus integrantes, por lo que se consideró que debía fundamentarse en la base de que el Estado está instituido por la voluntad del pueblo y financiado con los recursos de todos los ciudadanos, razón por la cual, estaba al servicio único y exclusivo de la comunidad.

39. Siguiendo con la discusión del artículo que hoy es el 123 de nuestra Carta Política, y dada la necesidad de esclarecer quiénes se encontraban dentro del concepto de servidor público, la Asamblea Nacional Constituyente indicó de manera inicial que dentro de tal categoría, encuadraban los siguientes: i) los empleados que prestaran sus servicios en cualquiera de los órganos del Estado o en sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, vinculados a través de actos administrativos y reglamentarios; ii) los trabajadores oficiales, cuyo ingreso se efectúa a través de contratos individuales de trabajo; y iii) los miembros de corporaciones públicas de elección popular, dentro de los cuales están integrados los concejales, diputados, congresistas y miembros de las juntas administradoras locales.

40. Así, para determinar quiénes podían ser considerados servidores públicos, analizaron la forma de vinculación al servicio, la permanencia, el retiro y si estaban sujetos a la carrera administrativa, para a partir de allí establecer sus obligaciones y el perfil del cargo.

⁹ «ARTICULO 237. Son atribuciones del Consejo de Estado:

1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley. [...]

¹⁰ «ARTICULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.»

¹¹ «ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.»

¹² Constitución Política. Antecedentes Artículos 123 y 124. Asamblea Nacional Constituyente. 1991. Corte Constitucional.

Radicado: 27001-33-33-004-2020-00089-01
Medio: Nulidad y Restablecimiento
Demandante: Dorcelina Chocho Carpio
Demandado: FNPSM
Referencia: Apelación de sentencia

41. Una vez expuesta la deontología de la norma constitucional en cita, la Sección Segunda aplicará los mismos criterios con miras a establecer si los docentes oficiales hacen parte de las categorías de servidor público, y al efecto analizará lo siguiente: i) El servicio público esencial de la educación a la comunidad; ii) El encuadramiento de los docentes oficiales dentro de la estructura orgánica del Estado; y iii) La forma de vinculación, ascenso y retiro en la carrera docente”.

En virtud de lo anterior, es claro para la Sala, que cualquier discusión relativa al régimen especial de los docentes y como consecuencia de ello, la no extensión de la sanción moratoria prevista en la ley 244 de 1995, y su modificación, fue ya eliminada de toda interpretación legal distinta a la planteada ya en la SU – 336 de 2017, y recientemente, con la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, emanada de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado. En ese orden, se tiene que cuando la administración incumple los mandatos legales de la ley 244 de 1995, y su modificación ley 1071 de 2006, incurre en la sanción por mora prevista en dichos cuerpos normativos.

21. El caso en concreto.

La actora Dorcelina Chocho Carpio el día 15 de febrero de 2017 solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas. Prestación social que le fue reconocida mediante resolución N° 1141 del 23 de marzo de 2017, por un valor a pagar de \$3.698.249 y las mismas le fueron canceladas el 27 de julio de 2017.

La apelación de la parte demandada, está circunscrita a que el pago de la sanción moratoria se realizó por vía administrativa el 09 de diciembre de 2020, buscando con esto que no se incurra en doble sanción respecto a la misma conducta y dicha liquidación fue realizada de conformidad con la sentencia de unificación del 2018.

En la legislación civil colombiana se prevé el cumplimiento de la obligación por parte del deudor y a favor del acreedor como una causal extintiva de la obligación, esto de acuerdo con el artículo 1625 del Código Civil, que expresa,

“Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo consientan en darla por nula.

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte.

1) Por la solución o pago efectivo.

2) Por la novación

3) Por la transacción

4) Por remisión.

5) Por la compensación.

6) Por la confusión.

7) Por la pérdida de la cosa que se debe.

8) Por el evento de nulidad o por la rescisión.

9) Por el evento de la condición resolutive.

10) Por la prescripción”

Es así, como el ordenamiento interno, el deudor cuenta con una gama de posibilidades para probar el cumplimiento de la obligación que permite la extinción de la misma, permitiéndole a este allegar los medios probatorios que respalden y demuestren el cumplimiento de al menos una de estas, que por otro lado conlleva a la terminación de cualquier controversia que verse en torno a la obligación.

Calle 24 No. 1 – 30, Palacio de Justicia – Oficina 405
Correo electrónico: des02tacho@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono 6 71 39 82

Radicado: 27001-33-33-004-2020-00089-01
Medio: Nulidad y Restablecimiento
Demandante: Dorcelina Chocho Carpio
Demandado: FNPSM
Referencia: Apelación de sentencia

La sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías se causa por ministerio de la ley y se han dispuesto diferentes regímenes de consolidación y pago, sean estas parciales o definitivas.

En la ley 244 de 1995 se disponen unos términos para que la administración resuelva y pague las solicitudes formuladas para el efecto pero referidas a las cesantías definitivas, que luego, con la entrada en vigencia de la ley 1071 de 2006 también incorporó a las cesantías parciales, bajo el entendido que la inacción de la entidad pública en nada puede embarazar el derecho del servidor público, por ello dispone que dentro de los quince días hábiles siguientes a la solicitud, la entidad debe expedir la resolución correspondiente si cumple los requisitos; en caso contrario deberá informarlo al peticionario dentro de los 10 días posteriores. Seguidamente, el artículo 2 ibídem, dispone que la entidad pública pagadora tendrá un plazo de 45 días hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto de reconocimiento de la cesantía para cancelar la prestación social, y en caso de mora, reconocerá un día de salario por cada día de atraso hasta que se haga efectivo el pago, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en la norma.

Por lo tanto, la sanción moratoria a que se refiere la norma citada es procedente a partir del reclamo administrativo pues, desde esta fecha la entidad debe cancelarla dentro de un plazo máximo de (70) días hábiles, incluido los diez (10) días de notificación y firmeza del acto; si el pago no se hace dentro de este término, la Administración deberá reconocer al trabajador un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las cesantías.

Ahora bien, observa la Sala, que, de acuerdo a los preceptos de la norma aplicable al caso, se observa que la administración excedió los plazos dados para el pago de las cesantías siendo 65 días del Código Procedimiento Administrativo o 70 días si fue en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Conforme a lo anterior, para la Sala no tiene asidero legal lo manifestado en el recurso de apelación por la entidad demandada, en el sentido que toda vez que administrativamente en el año 2019 le fue cancelada la sanción moratoria a la hoy demandante lo que trae en consecuencia desestimar las suplicas de la demanda, que conforme al inciso final del artículo 83 de la Ley 1437 de 2011, que dispone:

“ARTÍCULO 83. SILENCIO NEGATIVO. *Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa. (...). La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.”*

Lo anterior concordante con el artículo 88 ibidem que es del siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. *Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.”*

Calle 24 No. 1 – 30, Palacio de Justicia – Oficina 405
Correo electrónico: des02tacho@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono 6 71 39 82

Radicado: 27001-33-33-004-2020-00089-01
Medio: Nulidad y Restablecimiento
Demandante: Dorcelina Chocho Carpio
Demandado: FNPSM
Referencia: Apelación de sentencia

Conforme lo anterior no hay duda que la entidad demandada perdió competencia al no presentar en la etapa correspondiente la excepción ahora propuesta o al no aportar las pruebas al proceso en la oportunidad adecuada, además que al ser el silencio negativo una modalidad de acto administrativo se presume legal, adicionalmente aceptar la posición de la demandada traería como consecuencia que el acto cuestionado se mantendría incólume en el mundo jurídico en contravía de la normatividad aplicable.

En gracia de discusión, la prueba allegada con el recurso de apelación no reúne los requisitos del artículo 212 del C.P.A.C.A, igualmente no se puede perder de vista que las oportunidades probatorias son precisas y que corresponde como lo dispone el inciso final del artículo 103 ibídem a quien acude a la jurisdicción cumplir con las cargas procesales y probatorias. En este sentido, no es dable al juez asumir cargas que corresponden a las partes procesales, ello desvirtuaría su papel imparcial en el juicio.

Por último, en aras de preservar el orden jurídico, si bien no obra en el proceso acto administrativo por medio del cual se le reconoció y ordenó el pago vía administrativa la sanción moratoria a la hoy demandante, en caso de que el certificado de pago allegado en el recurso de apelación corresponda a tal sanción la misma puede ser compensada por la demandada en los términos del artículo 1714 del Código Civil.

En virtud de lo anterior, para la Sala, la apelación de la demandada, no posee vocación de prosperidad, por lo cual, deberá confirmarse la sentencia de primera instancia.

COSTAS.

De conformidad con lo señalado por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado¹³ en el presente caso se impondrá condena en costas a cargo de la demandada, pues resulta vencida en el proceso de la referencia, conforme el ordinal 4.º del artículo 365 del Código General del Proceso que señala «[...] Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias [...]», las cuales se liquidarán por el *a quo*, teniendo en cuenta las agencias en derecho que se fijan, al tenor de lo dispuesto en el artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, en cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En firme la presente providencia, realícese por Secretaría la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.¹⁴

¹³ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, proferidas por la Subsección "A" de la Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, Expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: **William Hernández Gómez**, doce (12) de abril de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00439-02(0178-17), Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, Demandado: José Jesús Valencia Duque, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Ley 1437 de 2011

Radicado: 27001-33-33-004-2020-00089-01
Medio: Nulidad y Restablecimiento
Demandante: Dorcelina Chocho Carpio
Demandado: FNPSM
Referencia: Apelación de sentencia

En mérito de lo anterior, el Tribunal Administrativo del Chocó,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 036 del 26 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Quibdó, que accedió a las súplicas de la demanda, conforme se expuso en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas, a la parte demandada, en cinco (5) smlmv.

En firme la presente providencia, realícese por Secretaría la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

TERCERO: En firme la presente decisión devuélvase el expediente al Juzgado de origen. Cancelese su radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sala de la fecha.



MIRTHA ABADÍA SERNA
Magistrada



ARISTTO CASTRO PEREA
Magistrado



NORMA MORENO MOSQUERA
Magistrada