El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Providencia:** Sentencia – Grado de consulta – 14 de marzo de 2017

**Proceso:** Ordinario Laboral – Modifica y declara mora en el pago de las cesantías

**Radicado No:** 66001-31-05-005-2013-00474-01

**Demandante:** Rosalba Mesa Carvajal

**Demandado:** Ministerio de Educación Nacional – FOMAG Risaralda

**Juzgado de origen:** Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira

**TEMA: MORA EN EL PAGO DE CESANTÍAS DEFINITIVAS.** “La Ley 1071 de 2006, por medio de la cual se adicionó y modificó la Ley 244 de 1995 en lo relacionado con el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas a servidores públicos, dispone en términos generales en los artículos 4° y 5°, que la entidad responsable del pago cuenta con un plazo máximo de 15 días hábiles para emitir el acto administrativo de reconocimiento y 45 más, contados a partir de la ejecutoria del mismo, para efectuar el pago, so pena de que al beneficiario deba pagársele a título de sanción un día de salario por cada día de retardo. (…) [A]l preverse que por incurrir en mora en la cancelación de las cesantías, se genera el pago de un día de salario por cada día de retardo; es claro que se está ante la presencia de una disposición de carácter sancionatorio, respecto de la cual, es bien sabido que no puede ser de aplicación extensiva o analógica, de tal manera que contabilizar la mora desde la presentación de la petición y no desde la expedición del acto administrativo, vulneraría el principio de legalidad y de paso el derecho fundamental al debido proceso. En suma, la mora por pago tardía de las cesantías de los servidores públicos a la que alude el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, solo puede contabilizarse a partir de la ejecutoria del acto administrativo que reconoce la referida acreencia laboral.”.

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, Risaralda, a los catorce (14) días del mes de marzo del año dos mil diecisiete (2017) siendo las ocho de la mañana (08:00 a.m.), la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de la misma ciudad el 29 de marzo de 2016, dentro del proceso que promueve la señora **Rosalba Mesa Carvajal** en contra de la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de Risaralda** cuya radicación corresponde al Nº 66001-31-05-005-2013-00474-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado:

Demandada y su apoderado:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos, de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1149/07.

**ANTECEDENTES:**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

Pretende la demandante que la justicia laboral declare que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG- Risaralda incurrió en mora de 284 días en el pago de las cesantías definitivas reconocidas mediante Resolución N° 468 del 30/12/2011, en consecuencia, se le condene al pago de la sanción moratoria generada, lo ultra y extra petita que resulte probado y las agencias y costas procesales.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) laboró al servicio del Ministerio de Educación Nacional por más de 38 años, por lo que el 27/04/2011 solicitó ante el FOMAG del Departamento de Risaralda, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas, las que le fueron reconocidas mediante Resolución N° 468 de 2011, que le fue notificada el 19/01/2012; (ii) la accionada incumplió los términos previstos por la Ley 244 de 1995 y el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 para efectuar el pago de la prestación; (iii) por lo anterior, el 14/09/2012 le solicitó a la accionada el reconocimiento de la sanción moratoria, pero su petición le fue resuelta de manera desfavorable a través de la Resolución N° 1800 de 2012 que le fue notificada el 04/01/2013.

Una vez decidido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que el trámite de este asunto debía ser asumido por la jurisdiccional ordinaria laboral, se admitió la demanda y se corrió traslado a la entidad demandada, **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de Risaralda,** quien dentro del término de traslado guardó silencio, por lo que mediante proveído del 16/07/2015 –fl. 71- se tuvo ese hecho como un indicio grave en su contra.

**2. Síntesis de la sentencia consultada**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira accedió a las pretensiones de la demanda y declaró que la entidad demandada había incurrido en mora en el pago de las cesantías definitivas reconocidas a la actora, entre el 03/08/2011 y el 14/05/2012, es decir, 282 días, por lo que la condenó al pago de $19´432.056 por concepto de sanción moratoria.

Para arribar a esa determinación aplicó las Leyes 244 de 2005 y 1071 de 2006, las cuales analizó de cara a jurisprudencia del Consejo de Estado en las que se indica que el término debe computarse a razón de 65 días hábiles contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de reconocimiento de la sanción por parte del interesado.

**3. Del grado jurisdiccional de consulta**

Al ser adversa la anterior decisión a los intereses de la Nación – Ministerio de Educación Nacional la a-quo ordenó el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo prevé el artículo 69 del C.P.L.

**CONSIDERACIONES**

1. **Del problema jurídico**

Visto el recuento anterior, la Sala formula el problema jurídico en los siguientes términos:

1.1. ¿Se generó a partir del 03/08/2011 y favor de la actora, la sanción moratoria prevista en el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, que adicionó la Ley 244 de 1995, respecto del pago de las cesantías definitivas, que le fueron reconocidas por la entidad demandada mediante Resolución N° 468 de 2011?

1. **Solución al interrogante planteado**

Con el propósito de dar solución al anterior interrogante, se considera necesario precisar, los siguientes aspectos:

**2.1. Del pago de las cesantías definitivas**

**2.1.1. Fundamento jurídico**

La Ley 1071 de 2006, por medio de la cual se adicionó y modificó la Ley 244 de 1995 en lo relacionado con el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas a servidores públicos, dispone en términos generales en los artículos 4° y 5°, que la entidad responsable del pago cuenta con un plazo máximo de 15 días hábiles para emitir el acto administrativo de reconocimiento y 45 más, contados a partir de la ejecutoria del mismo, para efectuar el pago, so pena de que al beneficiario deba pagársele a título de sanción un día de salario por cada día de retardo.

Frente a las anteriores disposiciones, considera la Sala que si bien la interpretación que el Consejo de Estado[[1]](#footnote-1), a la que inclusive se remitió la jueza de primer grado, resulta plausible, en relación a que la mora se genera transcurridos 65 días hábiles a partir de la fecha en que el peticionario solicita el reconocimiento de las cesantías, no se comparte por las razones que se indicarán a continuación.

En primer lugar, porque el parágrafo del artículo 5° citado, claramente determina que la sanción por mora en el pago de las cesantías parciales o definitivas, consistente en un día de salario por cada día de retardo, procede cuando el pago no se realiza dentro del término previsto en esa normativa, que no es otro, que los 45 días hábiles contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que reconoció la prestación; por lo que se circunscribe esta sanción solo a la desatención de este plazo y no de otro, por lo que ha de entenderse que la teleología de la Ley 1071/06, es evitar la mora en el pago, más no en la emisión de la decisión correspondiente.

Aunado a lo anterior, pretender que la mora tenga su génesis después de transcurridos 65 días a la presentación de la solicitud del reconocimiento de las cesantías, presume que el acto administrativo siempre va a ser favorable a los intereses del petente, cuando bien puede no proceder el reconocimiento de la prestación, con lo que se obvia consecuentemente, la posibilidad de estar ante la figura del silencio administrativo negativo –*artículo 86 del CPACA*-, naciendo una mora con carencia de un hecho generador.

Por último, al preverse que por incurrir en mora en la cancelación de las cesantías, se genera el pago de un día de salario por cada día de retardo; es claro que se está ante la presencia de una disposición de carácter sancionatorio, respecto de la cual, es bien sabido que no puede ser de aplicación extensiva o analógica, de tal manera que contabilizar la mora desde la presentación de la petición y no desde la expedición del acto administrativo, vulneraría el principio de legalidad y de paso el derecho fundamental al debido proceso.

En suma, la mora por pago tardía de las cesantías de los servidores públicos a la que alude el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, solo puede contabilizarse a partir de la ejecutoria del acto administrativo que reconoce la referida acreencia laboral.

**2.1.2. Fundamento fáctico:**

Descendiendo al caso concreto, la señora Rosalba Mesa Carvajal elevó solicitud de reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas el 27 de abril de 2011, misma que le fue favorable, conforme se extrae del contenido de la Resolución N° 468 del 30/12/2011.

Ahora, según el “acta de notificación personal” de ese acto administrativo –fl. 12 cd. 1-, esa diligencia se llevó a cabo el día 19/01/2012, acto en el cual, el notificado señaló que renunciaba a los términos de ejecutoria; por lo tanto, a partir del día siguiente, esto es, 20 de enero de 2012, contaba la entidad demandada con 45 días hábiles para pagar los valores reconocidos por concepto de cesantías definitivas de la actora, los cuales transcurrían hasta el 26 de marzo de 2012; sin embargo, no lo hizo, toda vez que de acuerdo con el oficio N° 101040202 del 24/04/2013 expedido por la Fiduprevisora –fl. 17 cd. 1- dicho pago se efectuó el 14 de mayo de 2012 a través del banco BBVA, información que concuerda con las observaciones registradas en el desprendible o constancia de pago emitida por esa entidad bancaria, visible a folio 16 del mismo cuaderno.

Lo anterior significa que la entidad responsable deberá pagar un día de salario por cada día de mora desde el 27/03/2012 hasta el 13/05/2012, día anterior a la fecha esta en la que fueron canceladas las cesantías a la actora, esto es, por un total de 47 días.

La cuantificación de la sanción debe establecerse con base en el último salario devengado por la actora, el que conforme a la liquidación de cesantías efectuada en el acto administrativo antes referido, ascendía a la suma de $68.908 diarios, generándose un total de $3´238.676, por lo que habrá de modificarse la decisión de primera instancia.

La responsabilidad en el pago recae sobre la entidad demandada, como quiera que conforme al oficio N° 101040202 del 19/04/2013 expedido por la Fiduprevisora –fl. 17-, se certificó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, programó el pago de las cesantías definitivas de la actora el 14 de mayo de 2012 a través del banco BBVA; de lo cual se infiere que fue su determinación no hacerlo en una fecha anterior, sin que se alegara en esta instancia justificación para ello, en tanto, una vez notificada de la existencia del proceso, optó por guardar silencio, omisión que debe valorarse como un indicio grave en su contra, lo que determina su mala fe y se hace merecedora de la sanción.

**CONCLUSIÓN**

Por lo visto, se modificarán los numerales primero a tercero de la decisión revisada, con el objeto de precisar la entidad responsable del pago ordenado, que el lapso dentro del cual se generó la mora a favor de la demandante, es el comprendido entre el 27/03/2012 hasta el 13/05/2012, generándose por concepto de sanción moratoria de que trata el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, la suma de $3´238.676.

La fijación de las agencias en derecho que se haga en primera instancia, deberá atender la modificación de la condena efectuada por esta Corporación.

Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la **Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** los numerales primero a tercero de lala sentencia proferida por Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el veintinueve (29) de marzo de dos mil dieciséis (2016) dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **Rosalba Mesa Carvajal** en contra de la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, los cuales quedarán así:

*“PRIMERO: DECLARAR que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, incurrió en mora en el pago de las cesantías definitivas de la señora ROSALBA MESA CARVAJAL desde el 27/03/2012 y hasta el 13/05/2012, para un total de 47 días.*

*SEGUNDO: CONDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a cancelar a la señora ROSABLA MESA CARVAJAL por concepto de indemnización moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, la suma de $68.908 diarios por cada día de retardo, por el lapso indicado en el numeral anterior, la cual asciende a la suma de $3´238.676.*

*TERCERO: CONDENAR en costas procesales a la parte demanda y a favor de la parte demandante en un 90%. Para la fijación de las agencias en derecho, deberá atenderse la modificación de la condena efectuada por esta Corporación.”*

**SEGUNDO.** Sin costas en esta instancia por lo expuesto.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

 Magistrado Magistrada

1. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad.: 68001-23-33-000-2013-00035-01(1203-14) del 04 de febrero de 2016 [↑](#footnote-ref-1)