



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

PROCESO : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN No.: 110013335012-2017-00102-00
ACCIONANTE: PABLO ENRIQUE MARIN LAYTON
ACCIONADOS: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES
DEL MAGISTERIO

**ACTA No. 026-19
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
ART. 182 LEY 1437 DE 2011**

En Bogotá D.C. a los 13 días del mes de febrero de 2019, siendo las 10:00 de la mañana, fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Secretario ad hoc constituyó en audiencia pública en la **Sala 32** y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes

1. INTERVINIENTES

PARTE DEMANDANTE: ALEXIS GERARDO MACIAS VARGAS

PARTE DEMANDADA - Ministerio De Educación: DORIS YOLANDA BAYONA GOMEZ

PARTE DEMANDADA - Secretaria de Educación: HERMES CUENCA MENESES

SE RECONOCE PERSONERIA A LOS APODERADOS DE CONFORMIDAD CON EL PODER ALLEGADO EN AUDIENCIA.

I: SANEAMIENTO DEL PROCESO

Se procede a evacuar la etapa de saneamiento del proceso, para tal efecto se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento.

Los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear.

Revisado nuevamente el expediente el Despacho encuentra que la demanda no debió ser admitida por carencia de presupuestos procesales.

INEPTA DEMANDA

Solicita el apoderado de la parte actora, se declare la existencia del acto ficto o presunto causado con el silencio de la administración respecto de la petición radicada ante la Secretaría de Educación de Bogotá.- Rad E-2016-

107538 del 18 de junio de 2016, con el cual reclama el reconocimiento y pago de la sanción moratoria que aduce tiene derecho por el pago tardío de las cesantías parciales, igualmente solicita se declare la nulidad del Oficio 2016-171-157-581 del 10 de octubre de 2016, con el que la FIDUPREVISORA S.A da contestación a la petición remitida por la SED.

Respecto de la petición formulada por el actor, la SECRETARIA DE EDUCACION DEL DISTRITO con Oficio S-2016-107-720, del 15 de julio de 2016 emite contestación a la petición de radicado Rad. E-2016-107538, en los siguientes términos:

“En atención a la referencia, le informamos que, como marco legal para el retiro de las cesantías de los docentes vinculados a la Secretaria de Educación, en materia es regulada por una norma especial como es la Ley 91 de 1989 y en ese sentido, aunque la Ley 1071 de 2006 es posterior, cede ante la norma precitada por ser esta general, lo anterior obedece a la atención de los docentes como régimen de excepción (normas especiales).

De igual manera informamos que no es competencia del ente territorial el pago de las cesantías, pero en cumplimiento al decreto 2831 de 2005 la Secretaria de Educación atiende el reconocimiento como idoneidad funcional a través de la Dirección de Talento Humano en concordancia al régimen de exceptuado para los docentes. Es de aclarar que de conformidad a las consideraciones expuestas en sentencia del 05/07/2012 “que en el marco legal aplicable a las cesantías de los docentes se concretaba en la Ley 91 de 1989 por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, o si por el contrario, era procedente acudir al régimen previsto en la Ley 1071 de 2006 que reguló el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, identificando a partir de sus contenidos, que la Ley 91 señaló con precisión el régimen legal de las cesantías de los docentes, siendo entonces ésta una norma especial, mientras que la Ley 1071 contiene regulación de carácter general.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial representada por el Ministerio de Educación Nacional y sus recursos administrados por la Fiduciaria La Previsora S.A (Ley 91 de 1989), razón por la cual la competencia de la Secretaría de Educación de Bogotá va hasta el reconocimiento de la prestación a través de acto administrativo, el cual una vez notificado y ejecutoriado se remite con la orden de pago a la entidad pagadora, en el caso concreto la sociedad fiduciaria en mención (art. 3 numeral 5 Decreto 2831 de 2005).

De conformidad a lo dispuesto por la art. 56 Ley 962 de 2005, las Secretarías de Educación acreditadas son las competentes para reconocer las prestaciones de los docentes que prestan sus servicios al ente territorial, para el caso del Distrito Capital, la Secretaría de Educación de Bogotá es la responsable de tramitar las solicitudes de sus 30.000 afiliados (pensiones, cesantías parciales y definitivas, auxilios, cumplimiento de fallos judiciales).

En mérito de lo anterior, se considera importante manifestarle:

- 1. Que la solicitud de intereses por mora no es una prestación social prevista por el Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Decreto 1045 de 1978 y demás normas concordantes, y en especial la Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005 art. 56, y el Decreto 2831 de 2005. Por ende, no es dable expedir acto-administrativo alguno de reconocimiento.*
- 2. Que la competencia de la Secretaría de Educación de Bogotá va hasta el reconocimiento mediante acto administrativo de las prestaciones sociales solicitadas por*

los docentes, tales como: pensión, cesantías, auxilios y cumplimiento de fallos judiciales que ordenan el ajuste de una pensión o cesantía; mas no el pago de las mentadas prestaciones sociales, y mucho menos el reconocimiento y pago de INTERESES POR MORA, para el caso de los docentes es la Fiduprevisora S.A., como administradora del recursos de este fondo.

3. Es importante manifestarle que esta Secretaría una vez ejecutoriado el Acto Administrativo, remite la orden de pago de la prestación reconocida a la Fiduprevisora S.A., dando cumplimiento al art. 3 numeral 5 del Decreto 2831 de 2005 finalizando de esta manera la responsabilidad del Fondo de Prestaciones del Magisterio.

De conformidad al acuerdo 34 de 1998, "por el cual se modifican los acuerdos del 11 de enero de 1995 y número 1 del 26 de junio de 1996 sobre el trámite de cesantías parciales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio", se ha atendido su solicitud desde el ingreso a la Secretaria de Educación, fue enviada para aprobación a la Fiduprevisora, en donde ha hecho entrega del expediente aprobado, para tal efecto y surtido el trámite se ha expedido la resolución de reconocimiento. Es de aclarar que los tiempos poseen variación respecto al volumen de solicitudes radicadas en la Secretaría y al cumplimiento de los requisitos para cada prestación.

Que en virtud del artículo 3 y 6 de la ley 91 de 1989, al artículo 3, parágrafo segundo y artículo 5 del decreto 2831 de 2005 deberá ser remitida la solicitud del pago a la entidad fiduciaria una vez este ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento y el cual se realizará cuando le corresponda turno y exista la disponibilidad presupuestal, 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."

De conformidad a lo expuesto, es de precisar que la sociedad fiduciaria La Previsora S.A. - Fiduprevisora S.A., en su calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de prestaciones económicas va señaladas, la FIDUCIARIA se obliga a cancelar con cargo a los recursos fideicomitidos las obligaciones resultantes de los fallos que en procesos judiciales v/o arbitrales se profieran contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio v/o contra las entidades territoriales, cuando los mismos se refieran a obligaciones relativas al pago de las prestaciones sociales a cargo del FONDO de los docentes afiliados. De la misma manera cancelará las resultantes de fallos judiciales, incluidos los arbitrales, derivados de los contratos que se ejecuten en desarrollo del contrato de FIDUCIA MERCANTIL, salvo que en los mismos se atribuya responsabilidad a la FIDUCIARIA.

La FIDUCIARIA asumirá con cargo a su propio patrimonio, el pago de las sanciones establecidas en la ley, derivadas del retardo en el pago de prestaciones económicas, cuando las causas del retardo le sean imputables.", por lo anterior, no es una prestación que deba ser reconocida por acto administrativo, en cumplimiento del Decreto 2831 de 2005 por autorización de la Ley 91 de 1989, y del contrato de fiducia mercantil contenido en la Escritura Pública #0083 de 21/06/1990 autorizada en la Notaría 44 del Circulo de Bogotá, entre la Fiduciaria La Previsora FIDUPREVISORA S.A. y la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, con el objeto de administrar los recursos del Fonpremag .

Del examen al Oficio expedido por la profesional especializado de la Dirección de Talento Humano de la SECRETARIA DE EDUCACION DEL DISTRITO, pone de presente los siguientes aspectos:

- No hay lugar a expedir acto administrativo de reconocimiento de sanción mora porque ésta no es una prestación social prevista por el Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Decreto 1045 de 1978 y demás normas concordantes, y en especial la Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005 art. 56, y el Decreto 2831 de 2005, normas que limitan la competencia de la Secretaría de Educación.
- De acuerdo a la ley 1071 de 2006 y al contrato de fiducia mercantil contenido en la Escritura Pública #0083 de 21/06/1990 autorizada en la Notaría 44 del Círculo de Bogotá, corresponde al ente pagador FIDUPREVISORA S.A. cancelar con sus propios recursos la sanción por mora en el pago

Bajo estas consideraciones se desvirtúa la existencia de un acto ficto causado con el presunto silencio de la administración frente al derecho de petición radicado el 29 de agosto de 2016, pues el pronunciamiento de la administración señaló que lo reclamado (reconocimiento y pago de sanción moratoria por pago tardío de cesantías) no es una prestación social prevista por la Ley y no está facultada para efectuar dicho reconocimiento.

Por su parte La FIDUPREVISORA S.A, entidad que también resolvió la solicitud de sanción mora, por remisión de la petición hecha por la Secretaría de Educación, con Oficio 2016-171-157-581 del 10 de octubre de 2016, manifestó:

“En atención a su solicitud remitida a este Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la cual solicita el reconocimiento y pago de la indemnización por mora establecida en la ley 1071 de 2006; nos permitimos informar lo siguiente:

El pago correspondiente a la CESANTIA PARCIAL POR REPARACION que le fue reconocida al educador (a), mediante Resolución No. 8004, expedida por la Secretaría de Educación a la cual se encuentra vinculado (a), se puso a disposición del beneficiario (a) a partir del 26-02-2014 en el banco BBVA Colombia, sin que se evidencie en la base de datos actos administrativos aclaratorios, ni el reintegro de los recursos.

Fiduprevisora S.A., es la entidad financiera actúa como vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en esa medida, procede con los pagos de prestaciones económicas siempre y cuando cuente con los recursos que para el efecto traslada el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Educación Nacional, de acuerdo a los desembolsos que en forma mensual autorizan estos organismos, tomando en consideración la liquidación de los aportes patronales para la atención de cesantías.

Es necesario reiterar que el trámite, reconocimiento y pago de las prestaciones económicas solicitadas por los docentes afiliados al Fondo, está sujeto a un procedimiento establecido normativamente el cual debe ser atendido en orden riguroso de acuerdo a la radicación de las solicitudes presentadas, esto significa que el pago de las nóminas se realiza en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de las resoluciones, así como el desembolso de la prestación depende de la disponibilidad presupuestal que se tenga para tal efecto, tal como se dispuso en la Circular 01 de 23 de abril de 2002, expedida por el Consejo Directivo del Fondo atendiendo la sentencia SU-014 del 23 de enero de 2002 de la Corte Constitucional, en donde se estipula que:

"...El pago de la prestación reconocida y liquidada, solo puede efectuarse en cuanto exista la correspondiente apropiación presupuestal que permita a la administración disponer de los fondos que correspondan"... Se resalta y subraya fuera de texto.

En igual sentido la sentencia de ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO del H. Consejo de Estado, sala Contencioso Administrativo, sección primera, de radicación 25000-23-27-000-20020-2461-01, la alta corporación manifiesta:

"(...) Así las cosas, como la improcedencia de la acción de cumplimiento respecto de las normas que impliquen gastos, se justifica en la medida que no se puede perseguir la cancelación de las cesantías, sin que a su vez se haya asignado la partida correspondiente en el presupuesto, de allí que el pago que reclama el accionante este condicionado no solo a turno sino a la disponibilidad presupuestal. (...) Se resalta.

En este contexto, mal podrían generarse intereses moratorios y/o indexación alguna y contradecir principios constitucionales y jurisprudenciales, cuando la suma de dinero reconocida es aquella producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal legalmente destinada para tal efecto de acuerdo al Principio Fundamental de Igualdad.

Así mismo es importante indicar que los intereses por mora en el pago de prestaciones económicas deben ser liquidados y decretados por un Juez de la República; una vez ejecutoriado el fallo debe ser tramitado de acuerdo a lo estipulado en el decreto 2831 de 2005, efectuando la respectiva solicitud de cumplimiento de la sentencia judicial a la Secretaría de Educación para la gestión correspondiente.

Una vez la Secretaría de Educación expida la resolución que da cumplimiento al fallo judicial, se incluirá al presupuesto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Adicionalmente se informa, que los intereses por mora no se liquidan y se cancelan de acuerdo con lo dispuesto en la ley 1071 de 2006, ya que, por derogatoria expresa de la ley 1328 de 2009, dichos intereses no podrán exceder el doble del interés bancario corriente vigente al momento de ja fecha establecida legalmente para realizar el pago (artículo 88).

De la respuesta brindada por la FIDUPREVISORA es evidente su negativa sobre la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, con lo cual resuelve de fondo la petición.

En ese orden de ideas, advierte que en el sub iudice se configura ineptitud sustancial de la demanda por las siguientes razones:

El artículo 4º de la ley 1071 establece que la sanción mora debe ser cancelada por: la empleadora o

- i) quien tenga a cargo el reconocimiento o*
- ii) el pago de las cesantías*

En el caso de los docentes significa que la sanción mora la cancela CON SUS PROPIOS RECURSOS el Ministerio de Educación o quien tenga la responsabilidad por el incumplimiento de sus funciones de reconocimiento o pago, esto es el Distrito capital, en virtud del artículo 9 de la ley 91 de 1989 que le delega la función de reconocimiento de prestaciones o La FIDUPREVISORA a quien se le contrata para el manejo de los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales

Así las cosas, si bien el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL tiene a cargo la obligación de responder por las prestaciones de los docentes, en virtud de la delegación de funciones con el ente territorial (DISTRITO DE BOGOTA) para su reconocimiento y la CONTRATACION de la fiducia mercantil con la FIDUPREVISORA para el pago, debe entonces el Despacho establecer a qué entidad se le imputa la responsabilidad para que pague con sus propios recursos por su actuación tardía o negligente, ello en aras de evitar mayor desgaste de la jurisdicción con nuevos procesos en los que se defina la responsabilidad de cada entidad.

Entiende el Despacho que en el presente caso la SECRETARIA DE EDUCACION DEL DISTRITO procuró exonerarse de responsabilidad alegando falta de competencia para el reconocimiento aduciendo que en virtud del artículo 3 del Decreto 2831 de 2005 solamente es competente para resolver las solicitudes de prestaciones sociales de los docentes y que en virtud del artículo 5 de la ley 1071 del 2006 aplicable a todos los empleados públicos, la competencia para resolver sobre el asunto la tiene la entidad pagadora.

Sin embargo esta norma general debe ceder a la particular de los docentes, esto es al Decreto 2831 del 2005 que distribuye las funciones entre el Distrito y la Fiduprevisora para el reconocimiento y pago de las prestaciones.

Bajo este entendido, las entidades territoriales fueron delegadas para expedir los actos administrativos relacionados con el reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes los cuales comprometen la voluntad de la NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN.

En este caso, los actos administrativos que expide la Secretaría expresamente niegan el reconocimiento de la sanción mora y remiten a la FIDUPREVISORA en virtud de lo dispuesto en el ley 1071 del 2006 para que responda por la mora en el pago.

Para el Despacho la manifestación de voluntad de la Secretaría Distrital y la actuación del actor al acudir a la FIDUPREVISORA convirtió la decisión de la Nación MINISTERIO DE EDUCACIÓN en un acto COMPLEJO pues el ente territorial deniega la mora en el reconocimiento y por su parte el pronunciamiento de LA FIDUPREVISORA deniega la mora en el pago, es decir los dos momentos en los que se pudo generar la mora y por los que debe responder la NACIÓN.

Quiere decir lo anterior, que como en el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales intervienen dos personas jurídicas distintas, esto es una que administra y maneja los recursos (FIDUPREVISORA S.A), y otra que elabora los actos administrativos para su aprobación (Ente Territorial- Secretaría de Educación), el pronunciamiento individual de cada entidad en relación a la función que cumple integran el acto complejo, con el que se define la solicitud de reconocer o negar el pago de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías, razón por la cual debió demandarse como un solo acto.

En otras palabras, si se demandara la sola voluntad de quien es responsable del reconocimiento o de quien responde por el pago cuando ambas se han pronunciado sobre la imposibilidad de efectuar el reconocimiento y de

efectuar el pago, no se estaría demandando la integridad del acto administrativo o voluntad de la administración.

Corolario de lo anterior, ha debido la parte actora demandar conjuntamente los actos expedidos por las entidades, esto es, el oficio S-2016-107-720 del 15 de julio de 2016 de la SECRETARIA DE EDUCACION DEL DISTRITO, junto con el Oficio 2016-171-157-581 del 10 de octubre de 2016 de la FIDUPREVISORA, no obstante no realizó la debida individualización del acto al demandar el oficio de la SED como un acto ficto cuando en realidad no lo fue, pues sólo la jurisdicción tiene la competencia de determinar si la respuesta es o no de fondo.

Por lo expuesto se declarara la INEPTA DEMANDA y dará por terminado el presente proceso por indebida individualización del acto.

CONDENA EN COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo en el que se conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, regulada por el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de la siguiente manera:

- El proceso buscaba el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías parciales.
- Fue declarada de oficio la excepción de INEPTA DEMANDA, pues no se demandó el acto administrativo en concreto que negó el reconocimiento de la sanción moratoria, sino la existencia de un acto ficto.

Bajo estas consideraciones se condenara en costas a la parte demandada por resultar vencida en juicio a pagar a la demandada el 20% de un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2019.

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

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

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR probada de oficio LA INEPTA DEMANDA por indebida individualización del acto, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Dar por TERMINADO el proceso.

TERCERO. CONDENAR en costas a la parte demandante a favor de la demandada conforme a lo expuesto en la parte considerativa

CUARTO. EJECUTORIADA esta providencia, **archívese** el proceso, previa las anotaciones de rigor.

QUINTO. DESTINAR EL REMANENTE de lo consignado para gastos del proceso a favor del Consejo Superior de la Judicatura.

Decisión notificada en estrados.

EL APODERADO DE LA PARTE ACTORA INTERPONE RECURSO DE APELACION Y LO SUSTENTA EN AUDIENCIA, SU INTERVENCION QUEDA CONSIGNADA EN LA VIDEOGRABACION.

SE CONCEDE EL RECURSO DE APELACION ANTE EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA.


YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ

ALEXIS GERARDO MACIAS VARGAS
PARTE DEMANDANTE

DORIS YOLANDA BAYONA GOMEZ
PARTE DEMANDADA - MINISTERIO DE EDUCACIÓN

Hermes Cuenca Meneses
HERMES CUENCA MENESES
PARTE DEMANDADA - SECRETARIA DE EDUCACIÓN


JOSE HUGO TORRES BELTRAN
SECRETARIO AD HOC