JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DE BOGOTA
SECCIÓN SEGUNDA

PROCESO : *ORDINARIO -NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*
RADICACIÓN No.: *11001 3335 012 – 2015 – 00832 - 00*
ACCIONANTE: *MARIA AMELIA MORENO DUARTE*
ACCIONADOS: *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO*

ACTA No. 42-19
AUDIENCIA INICIAL
ART. 180 LEY 1437 DE 2011

En Bogotá D.C. a los 26 días del mes febrero de 2019 a las 11:30 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:

INTERVINIENTES

PARTE DEMANDANTE*: LUIS CARLOS RODRIGUEZ CESPEDES.*

PARTE DEMANDANDA – Ministerio de Educación*: ISOLINA GENTIL MANTILLA. Se reconoce personería a la apoderada.*

PARTE DEMANDANDA – Fiduprevisora S.A: *NO COMPARECE APODERADO.*

PARTE VINCULADA – Secretaría de Educación de Bogotá*: EDNA CAROLINA OLARTE MAQUEZ. Se reconoce personería a la apoderada.*

No se hizo presente el Representante del Ministerio Público.

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

La señora juez informó a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia, se agotarán las siguientes Etapas:

1. *Saneamiento del proceso*
2. *Decisión de excepciones previas*
3. *fijación del litigio*

4. *Conciliación*
5. *Decreto de Pruebas*
6. *Alegaciones*
7. *juzgamiento.*

I. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien sobre alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento.

Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que deba ser saneada y como quiera que el Despacho tampoco evidencia causal que invalide lo actuado, se da por agotada la etapa de saneamiento del proceso.

El Despacho observa a folios 130 y 131 la renuncia al poder presentada por DIANA MARITZATAPIAS CIFUENTES y CESAR AUGUSTO HINESTROSA, como apoderados del Ministerio de Educación Nacional, se tendrá por aceptada la renuncia al acreditarse el cumplimiento del requisito previsto en el inciso 4º del artículo 76 del Código General del Proceso.

Decisión notificada en estrados

II. EXCEPCIONES PREVIAS.

El Ministerio de Educación Nacional – FONPREMAG *ni la* ***FIDUPREVISORA S.A*** *presentaron contestación a la demanda.*

La ***Secretaria de Educación Distrital*** [1] *invocó la excepción de:*

1. ***Falta de Legitimidad por Pasiva****: Afirma el apoderado que la llamada a responder es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Fiduciaria la Previsora, por cuanto la entidad que representa se limita únicamente a proyectar las resoluciones o actos administrativos para su posterior aprobación por parte de la Fiduciaria.*

Respecto de la exceptiva previa propuesta por la entidad.

La jurisprudencia constitucional se ha referido a esta excepción como la "calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso"[2]*, de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas.*

Bajo estas condiciones, y teniendo en cuenta que está exceptiva es tratada por la doctrina como mixta, no es oportuno en este momento procesal

---

[1] *Folio 134*
[2] *Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003.*

desvincular a ninguna entidad que haya participado en el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, pues corresponde en el proceso establecer cuál fue su incidencia en la mora que se imputa.

Respecto a las demás excepciones encuentra el Despacho que están relacionadas con el aspecto sustancial de lo debatido y por consiguiente se deben resolver en la sentencia, advirtiendo que se analizará la configuración del fenómeno de la ***prescripción*** *en el evento en que se acceda a las pretensiones.*

Decisión notificada en estrados

III. FIJACIÓN DEL LITIGIO

Con fundamento en los hechos y las pruebas que obran en el proceso, la demanda y la correspondiente contestación, encuentra el Despacho que se tienen por probados los hechos que a continuación se relacionan:

DEMANDANTE	
MARIA AMELIA MORENO DUARTE	
C. C 41.480.898	
DEMANDADA: *Ministerio de educación Nacional.* ***VINCULADAS.*** *Fiduprevisora S.A y SED*	*FLS 69 Y 76*
SOLICITUD DE RETIRO DE CESANTÍAS DEFINITIVAS	
Radicado 2014-CES-00032843 del 04 de septiembre de 2014 (fl. 19)	
ACTO DE RECONOCIMIENTO	
Resolución 846 de 19 de febrero de 2015 (fl 19), valor neto a cancelar por cesantías definitivas, $20.093.203	
FECHA DE PAGO	
01 de junio de 2015 (fl. 17) – Certificado BBVA,	
SOLICITUD DE SANCION MORATORIA	
fecha y entidad	***RESPUESTA***
Ante la Secretaria de Educación de Bogotá. 25 de agosto de 2015 Rad. E-2015-135212 (fl. 13)	*Oficio Secretaría Educación. S-2015--119951 de 02 de septiembre de 2015, niega y remite a la Fiduprevisora (fl.10) DEMANDA COMO EXPRESO*
Ante la Fiduprevisora S.A. 28 de agosto de 2015 Rad. 2015-0321402012 (fl. 06)	*Oficio Fiduprevisora: 2015-0170852181 de 29 de septiembre de 2015 (fl 05). LO DEMANDA COMO ACTO EXPRESO*
PRESCRIPCION	*NO*
CADUCIDAD	*NO*
CERTIFICADO DE SALARIOS	
folio 25	
SOLICITUD DE CONCILIACIÓN PREJUDICIAL	

Presentada el 30 de septiembre de 2015
26 de octubre de 2015 (fl 3)
PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA
Presentada el 19 de noviembre de 2015 (fl 33)

Se concede el uso de la palabra a las partes a fin de que se pronuncien sobre la fijación del litigio. Las partes de conformidad.

Escuchadas las partes, el Despacho advierte que para el caso que aquí nos convoca, el litigio se contrae a un asunto de puro derecho dirigido a determinar si es procedente reconocer la sanción por mora adjudicada a la entidad demandada, con ocasión al pago tardío de las cesantías parciales y/o definitivas del demandante.

DECISION NOTIFICADA EN ESTRADOS

IV. CONCILIACIÓN

Se concede el uso de la palabra a los apoderados de las entidades, quienes manifiestan no tener ánimo conciliatorio, razón por la cual se da por agotada esta etapa.

Decisión notificada en estrados

V. DECRETO DE PRUEBAS

Téngase como pruebas, las documentales aportadas con el escrito de demanda y su contestación.

El Despacho de manera oficiosa incorpora al expediente la certificación de consulta de trámite de prestaciones, expedida por la página web de la Secretaria de Educación Distrital, en la que se aprecia el trámite impartido a la solicitud de retiro de cesantías presentado por la accionante con el radicado 2014-CES-032843.

Se corre traslado de la prueba a las partes.

Sin objeción alguna, se da por terminada esta etapa procesal.

Decisión notificada en estrados.

VI. ALEGACIONES FINALES

A continuación, se corre traslado a las partes para que presenten alegatos de conclusión.

Los argumentos expuestos quedan consignados en la videograbación anexa a la presente acta.

VII. FALLO

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho, determinar, si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías.

CONSIDERACIONES

A. REGLAS ESTABLECIDAS EN SENTENCIA DE UNIFICACION *Consejo de Estado el 18 de julio de 2018 ([3]),*

1. *Los docentes cuentan con carácter de empleados públicos y en consecuencia le son aplicables las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 que contemplan la sanción por mora de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.*

2. *Las sub reglas fijadas en esta sentencia de unificación deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de decisión tanto en vía administrativa como en judicial y no a los casos en que ya operó la cosa juzgada.*

3. *Momento a partir del cual se hace exigible la sanción moratoria.*

La entidad cuenta con 15 días para proferir el acto administrativo de reconocimiento, más 10 días de ejecutoria, de conformidad con el artículo 76 del CPACA, más 45 días para el pago efectivo, siendo en total 70, que se entienden días hábiles.

La sentencia de unificación indicó que dichos términos se aplican para los caso cuando la petición no tuvo respuesta en los 15 días siguientes a la solicitud, o fue extemporánea.

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	*No aplica*	*10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto*	*45 días posteriores a la ejecutoria*	*70 días posteriores a la petición*
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	*Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago*	*10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto*	*45 días posteriores a la ejecutoria*	*70 días posteriores a la petición*

[3] H. Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Velez, Dieciocho de julio de 2018, Radicación 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-15) Jorge Luis Ospina Cardona. Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y Departamento del Tolima.

En los casos en los que la administración profirió la respuesta de manera oportuna, esto es, dentro de los 15 días siguientes a la solicitud, el término de 45 días comienza a partir la de notificación del acto o del que resuelva los recursos interpuestos en sede administrativa, así:

ACTO ESCRITO EN TIEMPO	*Personal*	*10 días, posteriores a la notificación*	*45 días posteriores a la ejecutoria*	*55 días posteriores a la notificación*
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	*Electrónica*	*10 días, posteriores a certificación de acceso al acto*	*45 días posteriores a la ejecutoria*	*55 días posteriores a la notificación*
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	*Aviso*	*10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso*	*45 días posteriores a la ejecutoria*	*55 días posteriores a la entrega del aviso*
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	*Sin notificar o notificado fuera de término*	*10 días, posteriores al intento de notificación personal* [4]	*45 días posteriores a la ejecutoria*	*67 días posteriores a la expedición del acto*
ACTO ESCRITO	*Renunció*	*Renunció*	*45 días después de la renuncia*	*45 días desde la renuncia*
ACTO ESCRITO	*Interpuso recurso*	*Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve*	*45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria*	*46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso*
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	*Interpuso recurso*	*Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso*	*45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria*	*61 días desde la interposición del recurso*

Fuente: sentencia de unificación

4. *El conteo de la indemnización moratoria se hace en días calendario.*

5. *Excepción o inaplicación por ilegalidad del Decreto 2831 de 2005 para la causación de la sanción moratoria en el pago de las cesantías.*

[4] Se consideran los supuesto de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cueles, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

"no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005[5] en el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y de la Ley 1071 de 2006[6]", debe primar la jerarquía normativa en cuya virtud prevalece el mandato contenido en la Ley 1071 de 2006 en el trámite de las solicitudes de cesantías que promuevan los docentes oficiales.

6. *Salario para liquidar la sanción moratoria.*

RÉGIMEN	***BASE DE LIQUIDACIÓN DE MORATORIA (Asignación Básica)***	***EXTENSIÓN EN EL TIEMPO (varias anualidades)***
Anualizado	*Vigente al momento de la mora*	*Asignación básica de cada año*
Definitivo	*Vigente al retiro del servicio*	*Asignación básica invariable*
Parciales	*Vigente al momento de la mora*	*Asignación básica invariable*

Fuente: sentencia de unificación

7. *Es improcedente indexar la sanción moratoria, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.*

B. RESPONSABLE DE LA OBLIGACIÓN

El Despacho debe precisar quién es el llamado a responder por las pretensiones de la demanda, por cuanto el término de los 65 o 70 días trascurren entre el trámite de reconocimiento ante la entidad territorial y aprobación y turno que asigna la Fiduprevisora S.A.

Sobre el tema el Consejo de Estado ha considerado que existe un littis consorcio necesario y en otras providencias que la responsabilidad es del Ministerio de Educación, sin embargo no existe unificación ni pronunciamiento que justifique desvirtuar una u otra tesis.

Este Despacho resolverá partiendo de lo dispuesto en los artículos 4 y 5 parágrafo de la ley 1071 de 2006 y lo señalado en la ley 92 de 1989:

> ***"ARTÍCULO 4o. 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.***
>
> ***Art. 5 "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*

[5] «Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»
[6] «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.».

podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este."

Por su parte, el artículo 6 de la misma reglamentación impone a los órganos de control y vigilancia garantizar el cumplimiento de los términos.

En el caso de los docentes la materia la regula la ley 91 de 1989, que establece las siguientes asignaciones de funciones:

> *Art. 2. Num 5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*
>
> ***Artículo 3º.-** Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil,*
>
> ***Artículo 9º.-** Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.*

De acuerdo a esta normatividad se tiene:

1. *Las prestaciones sociales de los docentes están a cargo de la Nación y deben ser pagadas por el Fondo de Prestaciones Sociales Del Magisterio*
2. *La función de reconocimiento de las prestaciones sociales es **delegada** en las entidades territoriales. En consecuencia la entidad obligada para expedir la resolución de reconocimiento es el Distrito - Secretaría de Educación.*
3. *La función de pago es contratada con la Fiduprevisora S.A.*
4. *De acuerdo al parágrafo del artículo 5 de la ley 1071 del 2006, las entidades obligadas para el reconocimiento y pago deben responder con sus propios recursos por la mora en el cumplimiento de sus obligaciones.*

Bajo este escenario, ciertamente era necesario vincular a las 3 entidades involucradas, pues tratándose de un asunto laboral en caso de que la delegada o la entidad contratada no pudiesen ser condenadas la responsabilidad la tiene que asumir la entidad que tiene a cargo la prestación.

Es importante precisar que contrario a lo señalado por la apoderada del Distrito en nuestro Estado de Derecho no existe la figura de mero tramitador y menos cuando está de por medio una norma expresa que establece la delegación de funciones.

C. LIMITACIÓN DEL CUANTUM DE LA SANCIÓN.

Este Despacho con fundamento en los principios de lesión enorme y enriquecimiento sin justa causa consideró que la sanción por mora no debía superar el monto de lo adeudado, sin embargo de un estudio sistemático de la legislación, encuentra que existe norma que regula el caso y cuyos presupuestos no pueden ser desconocidos por respeto al principio democrático de separación de poderes.

En consecuencia en aplicación del principio de igualdad corresponde inaplicar por inconstitucional el precepto contenido en el artículo 5 de la ley 1071 del 2006 parágrafo en cuento dispone, en caso de mora en el pago de cesantías, cancelar un día de salario por cada día de retardo ***hasta que se haga efectivo el pago de las mismas,*** *pues existe en el régimen privado una limitación de 24 meses que es desconocida en el régimen público sin justificación alguna.*

De acuerdo a la Corte Constitucional si existe finalidad idéntica en las disposiciones no puede el legislador ni siquiera invocando su libertad de configuración y su competencia desconocer un principio constitucional básico como el contenido en el artículo 13 de la Carta Política, que exige de modo perentorio que las situaciones iguales deben recibir un tratamiento también igual."[7]

De manera que por ser un caso de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irracionabilidad, en aras de preservar la integridad y supremacía constitucional corresponde limitar la imposición de la sanción mora al máximo de 24 meses conforme está regulado en el ordenamiento laboral privado, norma de donde se tomó esta figura para el sector público.

Como se trata de un caso de omisión legislativa relativa, es importante señalar que según la Corte Constitucional ella se configura cuando

> *"el legislador excluye de un enunciado normativo un ingrediente, consecuencia o condición que, a partir de un análisis inicial o de una visión global de su contenido, permite concluir que su consagración resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos previstos en la Constitución. Esto significa que, por virtud de la actuación del legislador, se prescinde de una exigencia derivada de la Carta, cuya falta de soporte textual genera un problema de constitucionalidad."*[8]

CASO CONCRETO

Mediante Resolución Nº 846 de 19 de febrero de 2015 (fl.19), la demandada reconoció a la docente las cesantías definitivas solicitadas en escrito radicado el 04 de septiembre de 2014 (fl. 19).

---

[7] *Sentencia C-840/2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz*
[8] *C 494 DEL 2016:*

Teniendo en cuenta que el ***acto de reconocimiento de la cesantía fue proferido y notificado en forma extemporánea***[9]*, se aplicará la regla establecida en la sentencia de unificación*[10]*, esto es, el término se cuenta a partir de la petición: 15 días para proferir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, 10 días de ejecutoria (Vigencia del CPACA) y 45 días para el pago de la cesantía.*

Número de Días – hábiles	***inicia***	***venció***
15 días para el reconocimiento	*05 de septiembre de 2014 Fecha de solicitud pago cesantía (Radicado o 2014-CES-00032843 ver folio 19 Y 189)*	*25 de septiembre de 2014 (15 días hábiles)*
10 de ejecutoria	*26 de septiembre de 2014*	*09 de octubre de 2014*
45 para el pago	*10 de octubre de 2014*	*17 de diciembre de 2014*

Así, se establece con claridad que los ***70*** *días hábiles se cumplieron el día* ***17 de diciembre de 2014****, por cuanto la petición se hizo en vigencia del CPACA*

Días de mora

La mora se produce ***desde el 18 de diciembre de 2014 hasta el 01 de junio de 2015****, fecha en la cual se realizó la consignación en el BANCO BBVA, según consta en la certificación visible a folio 17*

TOTAL DIAS DE MORA – CALENDARIO		***TOTAL***
18 de diciembre de 2014 hasta el 01 de junio de 2015	*14+31+28+31+30+31=* ***165***	***165***

Liquidación de la sanción

Observando la sub-regla indicada en la sentencia de unificación, al tratarse de una sanción moratoria originada por el pago tardío de cesantías definitivas, se toma el ***salario básico diario al momento del retiro.***

Según lo consignado en la Resolución 846 de 19 de febrero de 2015 (fl.19) la docente MARIA AMELIA MORENO DUARTE renunció el 08 de julio de 2014.

En el "Certificado de Salario 2014" (fl.108) se indica que el salario mensual fue de $ 2´381,197 lo que implica que el salario diario corresponde a ***$ 79.373.233***

165 días de mora x $ 79.373.233 = $ 13.096.583 son TRECE MILLONES NOVENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS.

---

[9] *La petición de reconocimiento de las cesantías definitivas se efectuó el día 04 de septiembre de 2014 (Ver tercer párrafo de 846 de 19 de febrero de 2015 - fl.19, y la certificación visible a folio 189 y el pago se registró el día 01 de junio de 2015)*

[10] *H. Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Velez, Dieciocho de julio de 2018, Radicación 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-15) Jorge Luis Ospina Cardona. Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y Departamento del Tolima.*

Indexación.

Como se explicó en la sentencia de unificación, no es procedente ordenar ***indexar la sanción moratoria****, pues implicaría un doble castigo.*

De otra parte, una vez establecido el monto de la condena, resulta procedente ***ordenar su ajuste*** *en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.*

Sobre la limitación de la sanción moratoria.

Para este Despacho, bien se entienda la sanción moratoria consagrada en la Ley 244 de 1995 como una actualización del valor de la cesantía, que permite compensar la pérdida del poder adquisitivo del trabajador, como lo señala el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en la sentencia C- 079 sentencia de 1999, o como una penalización económica en términos expuestos en la C- 448 de 1996, es una sanción indemnizatoria por mora y como tal debe sujetarse a los límites legales.

Frente al cobro de intereses que exceden las cantidades adeudadas la Corte Suprema expresó[11]*:*

> *"Y como la tendencia del derecho moderno, contrariamente a lo que en el pasado pregonaban las escuelas económicas calvinistas y liberal, es la de proscribir y combatir la usura para impedir el aprovechamiento injusto de los estados de necesidad, el actual Código de Comercio ha señalado límites a la utilidad o ganancia que es propia de las actividades mercantiles, dirigidas todas a la obtención de lucro.* ***No quiere ahora la ley, como se autorizaba en el pasado que la lesión enorme en los negocios mercantiles se quede sin sanción, que pueda realizarse impunemente el enriquecimiento injusto. Hoy el legislador, consciente de su deber de dar normas para regular y humanizar las relaciones entre los asociados, dictó normas que indudablemente están llenas de un claro propósito de impedir la explotación de las necesidades de los semejantes y que tienden, certeramente, a fijar límites al lucro permitido..."***

Por su parte el Consejo de Estado[12] *ha señalado en su jurisprudencia lo siguiente:*

> *"2.- Estima la sala que dentro de un mismo sistema jurídico no pueden razonablemente coexistir disposiciones que, como sucede con la tasas de interés, de una parte se consideren, por ser excesivamente onerosas, como constitutivas del delito de usura; y de otra, se acepte como legales o lícitas para efectos diferentes, como serían el doble de los comerciales.*
>
> *3.-* ***Por tal razón, estima la sala que cuando los intereses establecidos en el parágrafo quinto del artículo 177 del c.c.a., sobrepasen el límite de la usura previsto en el artículo 235 del código penal, la suma que arroje la liquidación debe ser reducida a dicho límite.*** *No tendría sentido que lo que es punible en el campo del derecho penal, pudiera aplicarse sin restricciones en el campo civil, comercial o administrativo." (Se resalta)*

Sin embargo, como ya se indicó en la parte motiva, por ser una norma expresamente regulada por el legislador en el área del derecho privado aplicable al público por existir identidad en la finalidad normativa, el despacho limitará el monto a un máximo de 24 meses conforme lo dispone el artículo 29 de la ley 789 de 2002 norma aplicable mediante la figura de omisión legislativa por las razones que se dejaron reseñadas previamente.

---

[11] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil" Magistrado Ponente, Dr. Rafael Romero Sierra, Sentencia del 28 de noviembre de 1989, gaceta Judicial 2435 de 1989 2S T-196, Pags. 138 a 139.

[12] Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Dr Carlos Betancurt Jaramillo, Auto del 4 de septiembre de 1997.Exp: 12.893

Conceptos		Valor
i.	*Capital pagado por concepto de cesantías*	*$ 20.093.203*
ii.	*Sanción Moratoria liquidada*	***$ 13.096.583***
iii	*TIEMPO DE MORA*	*165 DIAS*

En el presente asunto, comoquiera que LOS MESES ADEUDADOS POR SANCION MORA NO SUPERAN LOS DOS AÑOS no hay lugar a limitarla.

Prescripción

Debe advertir el Despacho que para el caso que nos convoca, el derecho al pago de la sanción por mora se extingue cuando no son reclamados dentro de los tres años siguientes al reconocimiento de cesantías; por su parte, la petición interrumpe la prescripción siempre y cuando la demanda se presente en un término máximo de tres años.

Así las cosas, al demandante le fueron pagadas sus cesantías el ***01 de junio de 2015*** *(folio 17), la solicitud de reconocimiento de la sanción mora fue presentada el* ***25 y 28 de agosto respectivamente ante la SED y la Fiduprevisora S.A*** *(folio 10) y la solicitud de conciliación el 30 de septiembre de 2015 (fl 02), y la demanda fue presentada el* ***19 de noviembre de 2015*** *(folio 33), por lo que no operó la prescripción.*

Para determinar la responsabilidad en la mora por el pago se las cesantías, se tendrá en cuenta el record de actuaciones de la Consulta de Tramites de la Secretaría de Educación.

Trámite	*Fecha*	*Total Días*
Solicitud de Cesantías	*04/sep/2014*	*50 Días Hábiles Responsable Secretaría*
Enviado a la Fiduprevisora	*18/nov/2014*	
Plazo 70 días pago	*17/dic/2014*	*20 Días Hábiles Responsable Fiduprevisora*
Secretaría recibe aval de la Fiduprevisora	*29/ene/2015*	*43 Días de Mora Responsable Fiduprevisora*
Elaboración de la Resolución y Remisión a la Fiduprevisora	*19/feb/2015 y 18/mar/2015*	*47 Días Mora Responsable Secretaría*
Fecha de Pago Efectiva	*01/jun/2015*	*75 Días de Mora de la Fiduprevisora*
Responsabilidad Fiduprevisora	*20+43+75 – (45 de ley) = 93*	*Total 165 Días de Mora*
Responsabilidad Secretaría	*50+47 – (25 de ley) = 72*	

Según el cuadro anterior, la Secretaría de Educación de Bogotá es responsable en tres momentos:

- *Entre la fecha en que recibió la solicitud de cesantías (04 de septiembre de 2014) y la fecha en que lo envío a la Fiduprevisora (18 de noviembre de 2014), para lo cual se contabilizan 50 días hábiles hasta la fecha en que tenía plazo de pagar las cesantías.*

- *Entre la fecha en que recibe el aval de la Fiduprevisora (29 de enero de 2015) y el envío de la resolución de reconocimiento de cesantías (19 de febrero de 2015) para un total de 47 días calendario.*
- *Entre la elaboración de la resolución de reconocimiento (19 de febrero de 2015) y la remisión para pago a la Fiduprevisora (24 de diciembre de 2013) para un total de 21 días.*

Al sumar los días de mora en los que incurrió la Secretaría de Educación da un total de 97 días, al ser restados los 15 días que tenía para el reconocimiento de las cesantías y los 10 días de ejecutoria del acto da como resultado 72 días de mora.

Respecto a la responsabilidad de la FIDUPREVISORA, también es responsable en tres momentos:

- *Desde el momento en que recibió la solicitud para el aval (18 de noviembre de 2014) hasta la fecha en que se ha debido efectuar el pago (17 de diciembre de 2014), transcurrieron un total de* ***20 días****.*
- *Desde la fecha en que ha debido efcetuarse el pago (17 de diciembre de 2014) hasta la fecha en que profiere el aval para el pago (29 de enero de 2015), para lo cual se contabilizan* ***43 días****.*
- *A partir de la fecha en que recibió el acto debidamente ejecutoriado hasta la fecha en que efectivamente cancelo a la demandante sus cesantías (01 de junio de 2015),* ***transcurrieron 75 días.***
- *En total se registran 138 días, y al ser restados 45 días (de Ley concedido s para el pago), los días en mora son 93.*

Corolario de lo anterior, por concepto de sanción moratoria, la FIDUPREVISORA deberá cancelar a favor de la demandante el equivalente a 93 días de salario del año 2014, y la Secretaria de Educación del Distrito, reconocerá y cancelara el equivalente a 72 días de salario de la actora para el año 2014.

Resta anotar que las normas presupuestales o problemas para la asignación del presupuesto no logran desvirtuar la mala fe del empleador que esta sanción exige para su tipificación según jurisprudencia de la C.S.J.

Condena en costas

El artículo 188 del CPACA señala:

> *"...Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.".*

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un

cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

> *"III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.*
> *3.1. ASUNTOS.*
> *3.1.2. Primera instancia.*
> *Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*
> *Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia."*

Frente a lo anterior el Consejo de Estado[13] ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

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, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- *En el proceso se pretendió el pago de mora en cesantías.*
- *Se accedieron a las pretensiones.*
- *Fueron presentadas excepciones previas.*
- *Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.*

Haciendo un juicio de razonabilidad y proporcionalidad el Despacho establece que sólo en virtud que la sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018 se promulgaron las reglas para el reconocimiento de la sanción moratoria según la ley 244 de 1995 y 1071 de 2006 con carácter obligatorio o vinculante, razón por la cual la entidad no contaba con las herramientas para resolver el conflicto en vía administrativa, razón por la cual no se le impodrá costas procesales.

Remanentes de los gastos

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° 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,

---

[13] Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente de los gastos consignados 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 de Bogotá - Sección Segunda, administrando Justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la ley*

R E S U E L V E

PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD DEL OFICIO S-2015-119951 de 02 de septiembre de 2015 *proferido por la Dirección de Talento Humano de la Secretaria de Educación de Bogotá, y la* ***NULIDAD DEL OFICIO 2015-0170852181 de 29 de 2015*** *expedido por la Fiduprevisora, por cuanto negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.*

SEGUNDO. CONDENAR A la FIDUPREVISORA *a pagar de su pecunio a la señora MARIA AMELIA MORENO DUARTE identificada con cédula de ciudadanía No. 41.480.898de Bogotá, 93 días de sanción mora, equivalentes a $7.381.710. la entidad podrá repetir por el equivalente a 30 días de mora contra el Ministerio de Hacienda y crédito Público si considera que hubo mora en el desembolso de los recursos.*

TERCERO, CONDENAR AI DISTRITO CAPITAL - SECRETARIA DE EDUCACION A *pagar de su pecunio a la señora MARIA AMELIA MORENO DUARTE identificada con cédula de ciudadanía No. 41.480.898de Bogotá, 72 días de sanción mora, equivalentes a 5.714.856.*

CUARTO. *La entidades condenadas dará cumplimiento a este fallo en los términos establecidos en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.*

QUINTO. SIN CONDENA EN COSTAS

SEXTO. DESTINAR *los remanentes de gastos del proceso a favor del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.*

SEPTIMO. EJECUTORIADA *esta providencia,* ***ARCHÍVENSE*** *las diligencias, previas las anotaciones respectivas.*

Las partes cuentan con el término de ley para interponer los respectivos recursos.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

LOS APODERADOS DE LA PARTE ACTORA Y LA SECRETARIA DE EDUCACION DEL DISTRITO, INTERPUSIERON RECURSO DE APELACION, EL CUAL SUSTENTARON EN AUDIENCIA.

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

YOLANDA VELASCO GUTIÉRREZ
LA JUEZ

LUIS CARLOS RODRIGUEZ CESPEDES
PARTE DEMANDANTE

Isolina Gentil Mantilla

ISOLINA GENTIL MANTILLA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN

EDNA CAROLINA OLARTE MARQUEZ
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ:

JOSE HUGO TORRES BELTRAN
SECRETARIO AD HOC