



758

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

**PROCESO : ORDINARIO -NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO  
DEL DERECHO**  
**RADICACIÓN No.:** 110013335012-2015-00197-00  
**ACCIONANTE:** DORIAN ZORAIDA RUBIO OLAYA  
**ACCIONADOS:** NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-  
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES  
DEL MAGISTERIO.

**ACTA No. 051- 19  
AUDIENCIA INICIAL  
ART. 180 LEY 1437 DE 2011**

En Bogotá D.C. a los veintisiete (27) días del mes de febrero de 2019, siendo las once (11:00 a.m.) 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 15** y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes

**1. INTERVINIENTES**

**PARTE DEMANDANTE:** Dr. MIGUEL ARCANGEL SANCHEZ CRISTANCHO

**PARTE DEMANDADA - Ministerio De Educación:** No hay apoderado reconocido.

**PARTE DEMANDADA - Secretaria de Educación:** Dr. JOSE LUIS SUAREZ PARRA, se reconoce personería jurídica.

No se hizo presente la Representante del Ministerio Público.

**PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA**

La señora juez informó a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

- Saneamiento del Proceso
- Decisión sobre Excepciones Previas
- Fijación del Litigio
- Conciliación
- Decreto de Pruebas
- Alegaciones Finales
- Decisión de Fondo

**ETAPA I: SANEAMIENTO DEL PROCESO**

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, 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.

Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear y el Despacho tampoco evidencia causal que invalide lo actuado, se da por agotada esta etapa.

## **DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS**

### **ETAPA II: EXCEPCIONES PREVIAS.**

El **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMPREGAM** pese haber sido notificado en los términos de ley, no contestó la demanda, por lo tanto no hay excepciones por revolver en este extremo.

Por su parte la **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ** en su contestación invocó las excepciones de "Falta de Legitimación en la causa por pasiva (fl.201), "Legalidad de los actos acusados", "Prescripción" y genérica e innominada" (fl.203).

La Secretaría de Educación insiste en la excepción de Falta de legitimación en la causa por pasiva.

El Despacho despachará desfavorablemente la excepción de Falta de Legitimidad propuesta por cuanto existe entre la Secretaría de Educación y el Ministerio de Educación una relación legal, por medio de la cual se delegan las funciones de reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo de los docentes en el ente territorial, en consecuencia en este proceso tendrá que establecerse si hubo o no incumplimiento y si la misma debe asumir responsabilidad por ello.

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**

### **ETAPA 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:

<b>DORIAN ZORAIDA RUBIO OLAYA</b> <b>CC. 39.698.585 (Fl. 04)</b>
<b>VINCULACIÓN</b> "Distrital – Recursos Propios"
<b>SOLICITUD DE RETIRO DE CESANTIAS</b> 24 de octubre de 2013. Radicado 2013-CES-039428 (fl. 4) Pago de Cesantías Definitivas - Fecha de Retiro: 27 de septiembre de 2013
<b>ACTO DE RECONOCIMIENTO</b> Resolución 2857 del 05 de mayo de 2014, por valor de \$24.238.535 Notificación Personal: 13 de mayo de 2014 (fl. 3-6)
<b>FECHA DE PAGO</b> 19 de junio de 2014 (fl. 8) – Certificado de la FIDUPREVISORA

<b>SOLICITUD DE SANCION MORATORIA</b>
-Ante la SECRETARIA DE EDUCACION DE BOGOTÁ <b>19 de agosto de 2014</b> – Rad. E-2014-133494 (fl. 12)
-Ante la FIDUPREVISORA <b>05 de septiembre de 2014</b> – Rad. 2014-63404 (fl. 9)
<b>RESPUESTAS</b>
- <b>Secretaría de Educación:</b> Con oficio No. <b>S-2014-121171 de agosto 21 de 2014</b> , niega el reconocimiento de la sanción moratoria y remite por competencia la solicitud de la demandante a la FIDUPREVISORA mediante Oficio No. S-2014-121169 del 21/ago/2014. <b>No hay constancia de notificación (Fl. 14)</b>
- <b>La Fiduprevisora:</b> Mediante Oficio No. <b>2014-EE00033466 de octubre 09 de 2014</b> niega la indemnización moratoria, precisando que el reconocimiento de cualquier tipo de intereses debe ser liquidado y decretado por un Juez. <b>No hay constancia de notificación (Fl. 11).</b>
<b>CERTIFICADO DE SALARIOS</b>
Salarios y demás prestaciones años: 2011, 2012 y <b>2013</b> (fl 16)
<b>SOLICITUD DE CONCILIACIÓN PREJUDICIAL</b>
Ante la Procuraduría 127 Judicial II. Radicada el 30 de octubre de 2014 Audiencia Fallida de Conciliación: 15 de enero de 2015 (Fl. 36)
<b>PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA</b>
13 de febrero de 2015 (Fl. 50)
<b>PRETENSIONES</b>
<b>PRINCIPALES</b>
1. Se declare la nulidad de los Oficios <b>S-2014-121171</b> y <b>2014-EE00033466</b> proferidos por la Secretaría de Educación y la Fiduprevisora, respectivamente.
<b>SUBSIDIARIAS</b>
2. Se declare la existencia y la nulidad del <b>acto ficto o presunto</b> por cuanto FONPREMAG y la FIDUPREVISORA dieron respuesta de fondo a la solicitud de sanción moratoria.
3. Se reconozca la sanción moratoria por el no pago a tiempo de las cesantías
4. Condenar a pagar sanción moratoria
5. Se ordene el cumplimiento del fallo en los términos del art. 192, 193 y 195 del CPACA
6. Actualizar las sumas de dinero conforme al art. 187 del CPACA
7. Condenar costas y agencias en derecho. (Folio 37-38)

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**

#### ETAPA IV: DE 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

#### ETAPA V: DECRETO DE PRUEBAS

A continuación el Despacho procede a **DECRETAR LAS PRUEBAS**, de la siguiente forma.

Téngase como pruebas en su haber pertinente los documentos que fueron aportados con el escrito de demanda y que son las que obran en el expediente de la referencia.

Ahora bien, con el objeto de establecer la sanción moratoria de manera concreta en el proceso que nos convoca, el Despacho obtuvo del aplicativo Web de la Secretaría de Educación denominado "Consulta de Trámites" el record de actuaciones teniendo al reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de la demandante.

Se corre traslado de la misma a las partes obrante a folio 254 para que hagan sus observaciones y se incorpora al expediente para que obre como prueba en el proceso.

Tomando en consideración que las partes no solicitaron pruebas adicionales y el juzgado tampoco encuentra necesario decretarlas de oficio, se da por cerrada la etapa probatoria.

#### ETAPA VI: ALEGACIONES FINALES

Se concede el uso de la palabra a los apoderados para que presenten sus alegatos de conclusión.

Los argumentos quedan consignados en la videograbación.

#### ETAPA VII. FALLO

#### PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho, determinar, si a la 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 <sup>(1)</sup>,

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

---

<sup>1</sup> 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.

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 casos cuando la petición no tuvo respuesta en los 15 días siguientes a la solicitud, o fue extemporánea.

HIPOTESIS	NOTIFICACION	EJECUTORIA	TERMINO PAGO CESANTIA	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

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 <sup>2</sup>	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

<sup>2</sup> Se consideran los supuesto de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, 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.

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.

*"no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005<sup>3</sup> en el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y de la Ley 1071 de 2006<sup>4</sup>", 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 transcurren 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

<sup>3</sup> «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.»

<sup>4</sup> «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.».

*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 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.

### **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 párrafo 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.”<sup>5</sup>

De manera que por ser un caso de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irracionalidad, 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.”<sup>6</sup>*

### **CASO CONCRETO**

Mediante Resolución N° 2857 del 05 de mayo de 2014, la Secretaría de Educación del Distrito reconoció a la docente las cesantías definitivas, solicitadas mediante escrito radicado el 24 de octubre de 2013 (fl. 4).

Teniendo en cuenta que el **acto de reconocimiento de la cesantía fue proferido y notificado en forma extemporánea<sup>7</sup>**, se aplicará la regla establecida en la sentencia de unificación<sup>8</sup>, 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	25 de octubre de 2013 (día posterior a la fecha de solicitud)	18 de noviembre de 2013 (15 días hábiles)

<sup>5</sup> Sentencia C-840/2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz

<sup>6</sup> C 494 DEL 2016

<sup>7</sup> La petición de reconocimiento de las cesantías se efectuó el día 24 de octubre de 2013, la Resolución No. 2857 de 05 de mayo de 2014 fue notificada el 13 de mayo de 2014, y el pago se realizó hasta el 19 de junio de 2014. (Ver fijación del litigio)

<sup>8</sup> 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.

	de las cesantías (Rad. 2013-CES-039428 de 24/oct/2013)	
10 de ejecutoria	19 de noviembre de 2013	02 de diciembre de 2013 (10 días hábiles)
45 para el pago	03 de diciembre de 2013	06 de febrero de 2014 (45 días hábiles)

Así, se establece con claridad que los **70 días hábiles** se cumplieron el día **06 de febrero de 2014**, por cuanto la petición se hizo en vigencia del CPACA

**Días de mora**

La mora se produce entonces **desde el 07 de febrero al 19 de junio de 2014**, fecha en la cual se realizó la consignación en el BANCO BBVA, según consta en la certificación visible a folio 8 del expediente.

TOTAL DIAS DE MORA - CALENDARIO		TOTAL
07 de febrero al 19 de junio de 2014	22+31+30+31+19 = 133	133

**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**.

En el "Certificado de Salarios para el año 2013" (fl.16) se indica que el salario mensual fue de \$ 2.634.485 lo que implica que el salario diario corresponde a **\$87.816,16**

**Por tanto 133 días de mora x \$87.816,16 = \$11.679.550 son ONCE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS CINCUENTA PESOS.**

**Indexación<sup>9</sup>**

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 entiende 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<sup>10</sup>:

<sup>9</sup> Sentencia de Unificación 2014-580. 18 de julio de 2018: "191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA."

*"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<sup>11</sup> 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 párrafo 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.

Conceptos		Valor
i.	Capital pagado por concepto de cesantías	\$ 24.238.535
ii.	Sanción Moratoria liquidada	\$11.679.550

TIEMPO DE MORA 133 DIAS

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

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Dr Carlos Betancurt Jaramillo, Auto del 4 de septiembre de 1997.Exp: 12.893

años siguientes a su reconocimiento; 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 **19 de junio de 2014**, la solicitud de reconocimiento de la sanción mora fue presentada el **19 de agosto de 2014** ante la Secretaría de Educación del Distrito, y el **05 de septiembre de 2014** ante la Fiduprevisora S.A., la solicitud de conciliación la radicó el 30 de octubre de 2014, y la demanda fue presentada el **13 de febrero de 2015**, por lo que no operó la prescripción.

**Para determinar la responsabilidad en la mora por el pago de las cesantías, se tendrá en cuenta el record de actuaciones de la Consulta de Tramites de la Secretaría de Educación (Fl. 254).**

Trámite	Fecha	Total Días
Solicitud de Cesantías	24 de octubre de 2013	70 Días Hábiles
Plazo final de 70 días pago	06 de febrero de 2014	Responsable Secretaría
Enviado a la Fiduprevisora	04 de marzo de 2014	26 Días de Mora Responsable Secretaría
Secretaría recibe aval de la Fiduprevisora	02 de abril de 2014	29 Días de Mora Responsable Fiduprevisora
Remisión de la Resolución para el pago a la Fiduprevisora	30 de mayo de 2014	58 Días Hábiles Responsable Secretaría
Fecha de Pago Efectiva	19 de junio de 2014	20 Días de Mora de la Fiduprevisora
Responsabilidad Fiduprevisora	$29+20 - (45 \text{ de ley}) = 4$	Total 133 Días de Mora
Responsabilidad Secretaría	$70+26+58 - (25 \text{ de ley}) = 129$	

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 (24 de octubre de 2013) a la fecha en se cumplió el termino para efectuar el pago (06 de febrero de 2014), para lo cual se contabilizan **70 días**.
- Desde la fecha en que ha debido realizarse el pago (06 de febrero de 2014) hasta el momento en que remitió la solicitud a la Fiduprevisora para el concepto (04 de marzo de 2014), se contaron **26 días**
- Por último desde el día en que recibió el aval por parte de la Fiduprevisora (02 de abril de 2014) hasta el momento en que remitió el acto de reconocimiento debidamente ejecutoriado para el pago (30 de mayo de 2014), transcurrieron **58 días**

Al sumar los días de mora en los que incurrió la Secretaría de Educación da un total de 154 días, que al ser restados con los 15 días que tenía para el reconocimiento de la pensión y los 10 días de ejecutoria del acto por ley, da como resultado 129 días:

$$70+26+58 = 154 - (15+10) = 129$$

Calculando el monto de la sanción moratoria a cancelar por parte de la SECRETARIA DE EDUCACIÓN se tiene:

$$129 \text{ días de mora} \times \$87.816,16 = \underline{11.328.284,64}$$

Ahora bien, a la **FIDUPREVISORA** se le adjudica su responsabilidad también en dos instantes a saber:

- Entre la fecha en que la Secretaría remitió a la Fiduprevisora la solicitud de cesantías de la demandante (04 de marzo de 2014) hasta la fecha en

que esta última otorgo el aval (02 de abril de 2014), transcurrieron un **total 29 días**.

- Desde la fecha en que recibió por parte de la Secretaría la resolución ejecutoriada (30 de mayo de 2014) hasta la fecha en que en efecto se realizó la transacción bancaria (19 de junio de 2014), transcurrieron **20 días de mora**.

Ahora bien, al sumar los días de mora en los que incurrió la Fiduprevisora da un total de 49 días, que al ser restados con los 45 días que por ley tenía para efectuar el pago, da como resultado 4 días:

$$29+20 = 49 - (45) = 4$$

Determinando el valor a cancelar por parte de la **FIDUPREVISORA** por concepto de sanción, tenemos:

$$4 \text{ días de mora } \times \$87.816,16 = \underline{351.264,64}$$

La entidad podrá repetir en contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público si considera que hubo mora en el desembolso de los recursos.

#### **RESPONSABILIDAD SOLIDARIA**

Es importante precisar que por efecto del vínculo laboral que existe entre el Ministerio de Educación y el docente la responsabilidad en el pago de prestaciones sociales o en general cualquier emolumento que derive de esta relación siempre se mantendrá en el EMPLEADOR así él haya contratado o delegado la función.

Esta circunstancia y el hecho de que se determinó que las entidades delegada y contratada incumplieron con sus obligaciones imponen una relación solidaria entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CADA UNA DE ELLAS.

En ese orden de ideas se condenará en forma solidaria al MINISTERIO DE EDUCACIÓN con el DISTRITO CAPITAL y al MINISTERIO DE EDUCACIÓN con la FIDUPREVISORA, quedándole al demandante la posibilidad de cobrar a uno u otro la condena impuesta, sin perjuicio de que el MINISTERIO pueda repetir contra su obligada solidaria de acuerdo a la responsabilidad que ha quedado definida en esta sentencia en el evento de que se le cobre la condena a ella.

#### **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<sup>12</sup> 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, en el que se tiene en cuenta el desgaste de la jurisdicción, la capacidad económica de las partes, las razones por las cuales no se pudo conciliar en sede administrativa, 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, por tanto no se le impondrá costas procesales.

**Remanentes de los gastos**

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 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,**

<sup>12</sup> Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

administrando Justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la ley

**RESUELVE**

**PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD DEL OFICIO S-2014-121171 de agosto 21 de 2014** proferido por la Dirección de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá, y la **NULIDAD DEL OFICIO 2014-EE00033466 de octubre 09 de 2014** expedido por la Fiduprevisora, por cuanto negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

**SEGUNDO. CONDENAR A NACION MINISTERIO DE EDUCACIÓN EN SOLIDARIDAD CON LA FIDUPREVISORA** a pagar a la señora DORIAN ZORAIDA RUBIO OLAYA de su pecunio **4 días de sanción mora, equivalentes a \$351.264,64.**

**TERCERO, CONDENAR A LA NACION MINISTERIO DE EDUCACIÓN EN SOLIDARIDAD CON EL DISTRITO CAPITAL - SECRETARIA DE EDUCACION DEL DISTRITO** a pagar a la señora DORIAN ZORAIDA RUBIO OLAYA, de su pecunio **129 días de sanción mora, equivalentes a 11.328.284,64.**

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

**QUINTO. SIN CONDNA EN COSTAS**

**SEXTO. DESTINAR los REMANENTES** a favor del Consejo Superior de la Judicatura.

**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.**

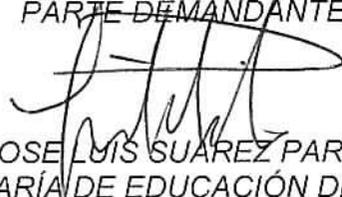
**Parte Actora: SIN RECURSOS**

**Secretaría de Educación:** Interpone **RECURSO DE APELACIÓN** y lo sustenta en audiencia.

No siendo otro el motivo de la presente se deja constancia con la firma de quienes asistieron a la audiencia.

  
YOLANDA VELASCO GUTIERREZ  
LA JUEZ

MIGUEL ARCANGEL SANCHEZ CRISTANCHO  
PARTE DEMANDANTE

  
JOSE LUIS SUÁREZ PARRA  
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ



FABIAN VILLALBA MAYORGA  
Secretario Ad hoc