



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

**PROCESO :** ORDINARIO -NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**RADICACIÓN No.:** 11001 3335 012 – 2016 – 00333 - 00  
**ACCIONANTE:** NUBIA LUCENA MILLAN ARIAS  
**ACCIONADOS:** NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO  
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

**AUDIENCIA INICIAL  
ART. 182 LEY 1437 DE 2011  
ACTA No. 52 - 19**

En Bogotá D.C. a los veintisiete (27) días del mes febrero de dos mil diecinueve (2019) a las once de la mañana (11:00 a.m.), 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:

**INTERVINIENTES**

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

**PARTE DEMANDANDA – Ministerio de Educación FOMPREG:** Dra. ADRIANA DEL PILAR CRUZ VILLALBA a quien se le reconoce personería jurídica en la audiencia.

**PARTE VINCULADA – Secretaría de Educación de Bogotá:** Dr. JOSE LUIS SUAREZ PARRA, se reconoce personería jurídica para actuar.

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, se agotarán las siguientes Etapas:

1. Estado Actual de las Pruebas Decretadas
2. Alegaciones Finales
3. juzgamiento.

**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 I. ESTADO ACTUAL DE LAS PRUEBAS DECRETADAS**

En audiencia inicial llevada a cabo el día 13 de noviembre de 2018 se requirió a las entidades demandadas para que en el término de 20 días allegaran la constancia de notificación de los oficios Nos. S-2016-763 del 05 de enero de 2016 y del No. 2016 0170081991 del 27 de enero de 2016.

Verificado el expediente encuentra el Despacho que las mismas no fueron allegadas.

**Apoderado tiene el uso de la palabra** y allega copia de los derechos de petición que elevó, **los argumentos quedan consignados en la videograbación**

Escuchado lo relatado, el Despacho observa que una vez contados los términos de caducidad de la acción a partir de la **fecha de expedición de 27 de enero de 2016** del acto administrativo No. 0170081991 proferido por la Fiduprevisora, los mismos se encuentran satisfechos, razón por la cual esta judicatura seguirá adelante con el proceso independiente de si se haya allegado o no la prueba. .

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 tenientes al reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de la demandante.

Se corre traslado de la misma a las partes obrante a folio 196 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.

### **DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS**

#### **ETAPA II. 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.

#### **ETAPA III. 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 <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 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

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	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores

<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.

		certificación de acceso al acto		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
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 o 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

<sup>2</sup> Se consideran los supuestos 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.

<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.»

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 litis 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 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 podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.” (subrayado fuera de texto)*

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 parágrafo en cuanto 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 irrazonabilidad, 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>*

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

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

## CASO CONCRETO

### **Sobre el acto acusado**

Sea lo primero señalar que el actor solicita la declaración del acto ficto o presunto en razón a que la demandada en el oficio S-2016-763 de respuesta no hizo pronunciamiento de fondo.

Este Despacho en oportunidad anterior consideró que se presentaba inepta demanda porque no se había individualizado el acto, sin embargo leída nuevamente la pretensión encuentra que la finalidad buscada con la individualización del acto es lograr su identificación de manera que no pueda confundirse con otro.

En ese orden de ideas, se tendrá como demandado el oficio que dio respuesta a la petición y se entrará a estudiar si contiene o no respuesta de fondo, de lo cual dependerá declarar la existencia de acto presunto.

Revisado el oficio S 2016 763, observa el Despacho que en él expresamente la entidad hace relación a su competencia de expedir reconocimientos de prestaciones sociales, dentro de las cuales no está la de sanción moratoria, y considera que esta, de acuerdo a la ley 1071 debe ser pagada por la FIDUPREVISORA, motivo por el cual le remite la petición.

Bajo estas condiciones se desvirtúa la existencia de un acto ficto causado con el presunto silencio de la administración. De otra parte, revisada la respuesta de la Fiduprevisora se encuentra que esta entidad se pronuncia sobre su eventual responsabilidad en el pago, lo que convierte la decisión de la NACION en un acto complejo integrado por la decisión de mora sobre el reconocimiento y decisión sobre la mora en el pago, los dos momentos que puede generar la responsabilidad al empleador.

### **Liquidación de la Sanción**

Mediante Resolución N° 7225 de 03 de diciembre de 2013 (fls.02 a 03), la demandada reconoció a la docente las cesantías definitivas solicitadas en escrito radicado el día 14 de enero de 2013 (fl. 02).

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.

<b>Número de Días – hábiles</b>	<b>inicia</b>	<b>venció</b>
<u>15 días para el reconocimiento</u>	15 de enero de 2013  Día posterior a la fecha de solicitud pago cesantía (radicado 2013-CES-000810 ver folio 02)	04 de febrero de 2013

<sup>7</sup> La petición de reconocimiento de las cesantías definitivas se efectuó el día 14 de enero de 2013, la Resolución No. 7225 de 03/12/2013 fue notificada el 05 de diciembre de 2013, y el pago se realizó el 21 de enero de 2014.

<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.

<u>10 de ejecutoria</u>	05 de febrero de 2013	18 de febrero de 2013
<u>45 para el pago</u>	19 de febrero de 2013	25 de abril de 2013

Así, se establece con claridad que los **70 días hábiles** se cumplieron el día **25 de abril de 2013**, por cuanto la petición se hizo en vigencia del CPACA.

#### **Días de mora**

La mora se produce **desde el 26 de abril de 2013 hasta el 21 de enero de 2014**, fecha en la cual se realizó la consignación en el BANCO BBVA, según consta en la certificación visible a (folio 05)

<b>TOTAL DIAS DE MORA - CALENDARIO</b>		<b>TOTAL</b>
26 de abril de 2013 hasta el 21 de enero de 2014	5+31+30+31+31+30+31 +30+31+21= <b>271</b>	<b>271</b>

#### **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 la Resolución No. 11877 de 19 de noviembre de 2012 (fls.105 a 108) la docente NUBIA LUCENA MILLAN ARIAS fue retirada del servicio por invalidez el 30 de noviembre de 2012.

En el "Certificado de Salario 2012" (fl.16) se indica que el salario mensual fue de \$2'546.872 lo que implica que el salario diario corresponde a **\$ 84.895,73**:

$$270 \text{ días de mora} \times \$ 84.895,73 = \$ 23.006.743$$

El valor de la sanción mora es de **VEINTITRES MILLONES SEIS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS (\$23.006.743)**.

#### **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 es procedente ordenar el **ajuste del valor de la condena** 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>9</sup>:

*"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>10</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 serian 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.

Conceptos		Valor
i.	Capital pagado por concepto de cesantías	\$ 24.818.565
ii.	Sanción Moratoria liquidada	\$ 23.006.743

#### TIEMPO DE MORA 271 DIAS

En el presente asunto, comoquiera que LOS MESES ADEUDADOS POR SANCION MORA NO SUPERAN LOS DOS AÑOS no hay lugar de 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 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 **21 de enero de 2014** (folio 05), la solicitud de reconocimiento de la sanción mora fue presentada el **22 y 24**

<sup>9</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>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Dr Carlos Betancurt Jaramillo, Auto del 4 de septiembre de 1997.Exp: 12.893

de diciembre de 2015 respectivamente ante la SED y la Fiduprevisora S.A (folio 06 y 09) y la solicitud de conciliación el 18 de mayo de 2016 (fl 11), y la demanda fue presentada el 23 de agosto de 2016 (folio 40), por lo que no operó la prescripción.

### Responsabilidad en la mora

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
<b>PLAZO FINAL 70 DÍAS DE PAGO 25 DE ABRIL DE 2013</b>		
Solicitud de Cesantías	14 de enero de 2013	70 Días Hábiles y 34 días calendario= 104 días Responsable <u>Secretaría</u>
Enviado a la Fiduprevisora	29 de mayo de 2013	
Secretaría recibe aval de la Fiduprevisora	30 de septiembre de 2013	124 Días (calendario) de Mora Responsable Fiduprevisora
Remisión a la Fiduprevisora de la Resolución Ejecutoriada	24 de diciembre de 2013	85 Días (calendario) Mora Responsable <u>Secretaría</u>
Fecha de Pago Efectiva	21 de enero 2014	28 Días de Mora de la Fiduprevisora
Responsabilidad Fiduprevisora	124+28 - (45 de ley) = 107	Total 271 Días de Mora
Responsabilidad Secretaría	104+85 - (25 de ley) = 164	

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 (14 de enero de 2013) y la fecha en que lo envió a la Fiduprevisora (29 de mayo de 2013), para lo cual se contabilizan 70 días hábiles hasta la fecha en que tenía plazo de pagar las cesantías (25 de abril de 2013) y 34 días calendario para **un total de 104 días.**
- Entre la fecha en que recibe el aval de la Fiduprevisora (30 de septiembre de 2013) y la elaboración de la resolución de reconocimiento de cesantías (03 de diciembre de 2013) para un total de **63 días calendario.**
- Entre la elaboración de la resolución de reconocimiento (03 de diciembre de 2013) y la remisión para pago a la Fiduprevisora (24 de diciembre de 2013) para un **total de 22 días.**

Al sumar los días de mora en los que incurrió la Secretaría de Educación da un total de 189 días que al ser restados con los 15 días que tenía para el reconocimiento de la cesantía y los 10 días de ejecutoria del acto da como resultado 164 días.

$$104+63+22 = 189 - 25 = 164$$

Los 164 días de mora responsabilidad de la Secretaría de Educación corresponden a \$13.838.003,99.

$$164 \text{ días de mora} * \$84.895,73 \text{ salario diario} = \mathbf{\$13.922.899,72}$$

Por otra parte se establece la responsabilidad de la FIDUPREVISORA de acuerdo a lo siguiente:

- Entre el momento en que la Secretaría de Educación le envía las cesantías (29 de mayo de 2013) y el envío de su aprobación (30 de septiembre de 2013), para un **total de 124 días.**
- Entre la remisión de la resolución de aprobación de pago de cesantías realizada por la Secretaría de Educación a la FIDUPREVISORA (24 de diciembre de 2013) y la fecha efectiva de pago (21 de enero de 2015) para un total de **28 días.**

Al calcular los días de mora responsabilidad de la FIDUPREVISORA da un total de 152 días que al ser restados con los 45 días que tenía para el pago de la sanción mora da como resultado 107 días:

$$124+28= 152- 45 = 107$$

Los 107 días de mora responsabilidad de la Fiduprevisora corresponden a \$9.083.843,11:

$$107 \text{ días de mora} * \$84.895,73 \text{ salario diario} = \mathbf{\$9.083.843,11}$$

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.

Esta circunstancia y el hecho de que se determinó que las entidades delegada y contratada incumplieron con sus obligaciones impone 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.

### **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>11</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, razón por la cual 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.

<sup>11</sup> Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD DEL OFICIO S-2016-763 de 05 de enero de 2016** proferido por la Dirección de Talento Humano de la Secretaria de Educación de Bogotá, y la **NULIDAD DEL OFICIO 2016-0170081991 de 27 de enero de 2016** 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 **NUBIA LUCENA MILLAN ARIAS**, de su pecunio 107 días de sanción mora, equivalentes a \$9.083.843,11.

**TERCERO. CONDENAR A LA NACION MINISTERIO DE EDUCACIÓN EN SOLIDARIDAD CON EL DISTRITO CAPITAL - SECRETARIA DE EDUCACION DEL DISTRITO** pagar a la señora **NUBIA LUCENA MILLAN ARIAS**, de su pecunio 164 días de sanción mora, equivalentes a \$13.922.899,72.

**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 CONDENAS EN COSTAS**

**SEXTO. DESTINAR** los remanentes del proceso a favor del Consejo Superior de la judicatura de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva 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.

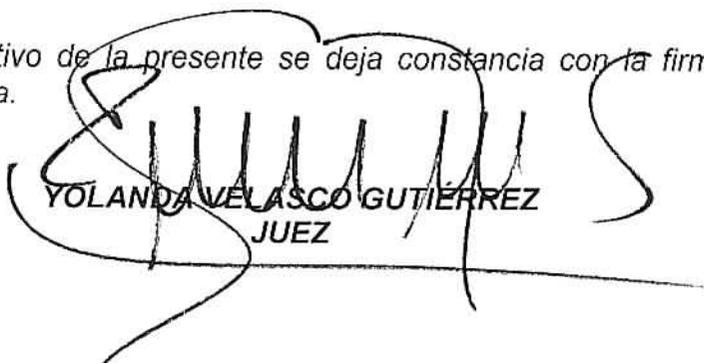
**DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.**

**Parte Actora: SIN RECURSOS**

**Ministerio de Educación:** Interpone **RECURSO DE APELACIÓN** y lo sustentará dentro del término legal.

**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**  
**JUEZ**

MIGUEL ARCANGEL SANCHEZ CRISTANCHO  
PARTE DEMANDANTE



JOSE LUIS SUAREZ PARRA  
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ

ADRIANA DEL PILAR CRUZ VILLALBA  
MINISTERIO DE EDUCACIÓN



FABIAN VILLALBA MAYORGA  
Secretario Ad hoc