



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

PROCESO : *NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*
RADICACIÓN No.: *11001 3335 012 – 2016 – 00161 - 00*
ACCIONANTE: *MYRIAM ESTHER BUSTOS DE URIBE*
ACCIONADOS: *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO*

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
ART. 182 LEY 1437 DE 2011
ACTA No. 325 - 19**

En Bogotá D.C. a las 09:00 de la mañana del día 13 de septiembre de 2019, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá declara abierta la audiencia pública en la SALA 40 de la sede judicial del CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

PARTE DEMANDANTE: *No asistió.*

PARTE VINCULADA – SECRETARIA DE EDUCACION DEL DISTRITO.

Comparece la abogada ROSE MARIE ROJAS ABRIL, a quien se le reconoce personería para actuar conforme al poder allegado en audiencia.

PARTE DEMANDANDA – MINISTERIO DE EDUCACIÓN FOMPREGMAG Y FIDUPREVISORA S.A: *No Asistió.*

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

El pasado 03 de septiembre de 201 se llevo a cabo audiencia inicial hasta y se escucharon las alegaciones de conclusión de los apoderados, por lo que en la presente audiencia se evacua la etapa de juzgamiento.

SANEAMIENTO DEL PROCESO

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 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 ⁽¹⁾,

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 | COMPLEJIDAD | TÉRMINO PAGO CESANTÍA | OTRO |
|--|---|---|-------------------------------------|-----------------------------------|
| 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 |

¹ 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.

| | | | | |
|------------------------------------|---|---|---|---|
| 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 ² | 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.

“no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005³ en el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y de la Ley 1071 de 2006⁴”. 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.

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

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

B. RESPONSABLE DE LA OBLIGACIÓN

Sobre el tema el Consejo de Estado en sentencia del 26 de agosto de 2019⁵ ha considerado que la responsabilidad es del Ministerio de Educación

² 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.

³ «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.»

⁴ «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.»

⁵ CONSEJO DE ESTADO SECCION SEGUNDA- SUBSECCION A. MAGISTRADO PONENTE WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ. RADICADO 1728-2018

No obstante, de la normatividad que regula el asunto el Despacho 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, advierte lo siguiente:

“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, el Despacho consideró necesario vincular a las entidades involucradas en virtud de la delegación y del contrato de fiducia, a efectos de determinar la tardanza de los tramites que se encontraban a su cargo.

La sentencia de Unificación, si bien es cierto no se pronunció sobre la responsabilidad de las entidades intervinientes en el trámite de las cesantías de los docentes, respecto de la afectación al erario público por la indebida gestión administrativa, señaló:

“240. Dilucidado todo lo anterior, encuentra la Sala que el análisis efectuado en esta providencia, evidencia situaciones al interior de la administración que son determinantes para la ocurrencia y prolongación en el tiempo de la sanción moratoria, permitiendo una real y desmedida afectación del erario, cuando por definición lo correcto debiera ser la gestión administrativa y presupuestal de las autoridades para el pago oportuno de las cesantías reconocidas a sus servidores.

241. En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que la mencionada gestión administrativa y presupuestal de las autoridades públicas hace parte de la órbita de los entes de control y del poder punitivo del Estado, para esta Sección es pertinente invitar a las entidades que los integran, esto es, Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República, como también a la Fiscalía General de la Nación; para que dentro de sus facultades y si lo estiman conveniente, ejerzan una labor preventiva y correctiva en procura de mejorar las prácticas relacionadas con el reconocimiento y pago de las cesantías de los servidores públicos, en donde para los docentes oficiales, concurren en el trámite los entes territoriales y el Fomag. Para ello, se remitirá copia esta providencia y del expediente a las referidas instituciones.”

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.”⁶

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

⁶ Sentencia C-840 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz

del legislador, se prescinde de una exigencia derivada de la Carta, cuya falta de soporte textual genera un problema de constitucionalidad.”

CASO CONCRETO

Sobre el acto acusado

Sea lo primero señalar que la actora solicita la declaración del acto ficto o presunto causado con la Petición radicada el 18 de febrero de 2014 con el consecutivo 2014-31920, ante la Secretaría de Educación del Distrito frente a la cual no hubo respuesta.

En ese orden de ideas, ante la falta de pronunciamiento por parte de las entidades para determinar cual fue el trámite impartido a la petición con el Radicado E- 2014-31920 del 18 de febrero de 2014, los antecedentes administrativos que dieron lugar a la expedición de la Resolución 3229 de 16 de julio de 2010, y el trámite impartido para el pago y aprobación de las cesantías dispuesto con la resolución en mención, bajo estas condiciones, se colige la existencia de un acto ficto causado con el presunto silencio de la administración.

Mediante Resolución N° 3229 de 16 de julio de 2010 (fls.06 a 07), la Secretaria de Educación del Distrito reconoció a la docente las cesantías definitivas solicitadas en escrito radicado el 09 de abril de 2010.

El acto de reconocimiento de la cesantía fue proferido y notificado en forma extemporánea:

- ✓ La petición de reconocimiento de las cesantías definitivas se efectuó el día 09 de abril de 2010.
- ✓ La Resolución 3229 de 16 de julio de 2010 fue notificada el 05 de agosto de 2010 (f-76).
- ✓ El pago se realizó el 01 de marzo de 2011.

Conforme a lo anterior se aplicará la regla establecida en la sentencia de unificación⁸, 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 |
|---------------------------------------|---|---------------------|
| <u>15 días para el reconocimiento</u> | 12 de abril de 2010 Día posterior a la fecha de solicitud pago cesantía (radicado 2010- CES7939) | 30 de abril de 2010 |
| <u>10 de ejecutoria</u> | 03 de mayo de 2010 | 14 de mayo de 2010 |
| <u>45 para el pago</u> | 18 de mayo de 2010 | 15 de julio de 2010 |

Así, se establece con claridad que los **65 días hábiles** se cumplieron el día **15 de julio de 2010**, por cuanto la petición se hizo en vigencia del C.C.A, y a partir de esta fecha empezó a correr el término de prescripción.

⁷ C 494 DEL 2016:

⁸ 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.

Debe decirse que el derecho al pago de la sanción por mora se extingue dentro de los tres años siguientes al momento en que se causa, y para el presente asunto como ya se dijo, tuvo lugar desde el 15 de julio de 2010 y la petición fue presentada el **18 de febrero de 2014** (folio 02), con lo que se configuró el término de prescripción.

Así las cosas, se dará por probada la excepción de prescripción propuesta por la Secretaria de Educación de Bogotá.

CONDENA EN COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA que remite al 31 del C.G.P, y con la sentencia del Consejo de Estado que establece la interpretación de esta norma bajo un criterio objetivo valorativo en el que se conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada.

Atendiendo que las costas están compuestas por dos rubros) gastos del proceso y ii) agencias en derecho, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, advirtiendo lo siguiente:

- En el proceso se pretendió el pago de mora en cesantías.
- Fue probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad.
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.

Bajo estas consideraciones, y teniendo en cuenta la actividad desplegada por los apoderados, la capacidad económica de la parte y la complejidad que revistió la instancia en este caso, **se condenará en costas a la parte demandante** por haber sido vencida en juicio, a pagar al MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONPREMAG la suma equivalente al **20% DE UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE PARA EL AÑO 2019.**

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

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR probada la excepción de prescripción.

SEGUNDO. CONDENAR en costas a la parte demandante por haber sido vencido en juicio, a pagar al MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, la suma equivalente al **20% DE UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE PARA EL AÑO 2019.**

TERCERO. 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.

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

Decisión notificada en estrados

SIN RECURSOS.



YOLANDA VELASCO GUTIÉRREZ
JUEZ

ROSE MARIE ROJAS ABRIL
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ



JOSE HUGO TORRES BELTRAN
SECRETARIO AD HOC