



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

**PROCESO :** *NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*  
**RADICACIÓN No.:** *11001 3335 012 – 2015-00679- 00*  
**ACCIONANTE:** *JEANETH MERCEDES HERNANDEZ*  
**ACCIONADOS:** *NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-  
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO*

**AUDIENCIA INICIAL  
ART. 180 LEY 1437 DE 2011  
ACTA No. 350 - 19**

*En Bogotá D.C. a las 11:30 de la mañana del día 23 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:** *JINETH ZUJEY GOMEZ CALVO.*

*Se reconoce personería a la abogada de conformidad con el poder de sustitución aportado en audiencia.*

**PARTE DEMANDANDA – MINISTERIO DE EDUCACIÓN FOMPREG:**

*No comparece*

**PARTE VINCULADA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ:**

*EDNA CAROLINA OLARTE MARQUEZ*

**PARTE VINCULADA – FIDUPREVISORA S.A:**

*No comparece*

**PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA**

*El pasado 03 de septiembre de 2019 se llevó 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.*

**ETAPA I. 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.*

*El Despacho advierte que en el presente asunto no se han evacuado en debida forma las etapas previstas en artículo 180 del C.P.A.C.A, por lo que procederá a rehacer la audiencia inicial.*

## **ETAPA II . DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS**

*La apoderada de la secretaria de educación del Distrito manifiesta que no es la legitimada en la causa para responder por los hechos objeto de la demanda, toda vez que únicamente es la encargada de elaborar el acto administrativo de reconocimiento.*

**Decisión notificada en estrados.**

## **ETAPA III. FIJACIÓN DEL LITIGIO**

*La apoderada de la demandante manifiesta que el objeto de la demanda es que se declare la existencia del acto ficto por medio del cuál el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, toda vez que la entidad superó el término establecido para evacuar dicho tramite, conforme lo dispone la Ley 1071 de 2006 y 244 de 1995, y como consecuencia de ello se debe cancelar a la demandante la sanción de un día de salario por día de mora hasta la fecha en que realizó el pago.*

*Por su parte la apoderada de la Secretaria de Educación del Distrito manifiesta estar de acuerdo con lo expuesto por la apoderada de la parte demandante.*

*Escuchadas las partes, el Despacho advierte que para el caso que aquí nos convoca, el litigio se contrae 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 de la demandante.*

**Decisión notificada en estrados.**

## **ETAPA IV. CONCILIACIÓN.**

*La apoderada de la Secretaria de Educación manifiesta que el comité de conciliaciones y defensa judicial de la entidad, no le asiste animo conciliatorio en el asunto.*

*Escuchada la intervención de la apoderada de la entidad vinculada, se declara cerrada esta etapa procesal.*

**Decisión notificada en estrados.**

## **ETAPA V. PRUEBAS**

*Téngase como pruebas, los documentos aportados con el escrito de demanda y su contestación.*

*No hay pruebas pendientes por practicar, por lo que se declarada cerrada la etapa probatoria.*

**Decisión notificada en estrados.**

## **ETAPA VI. ALEGACIONES**

*Los apoderados manifiestan dar por saneada esta etapa procesal y se ratifican en las alegaciones de conclusión expuestas en audiencia del pasado 03 de septiembre de 2019.*

**Decisión notificada en estrados.**

## ETAPA VII. FALLO

### PROBLEMA JURÍDICO

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

### CONSIDERACIONES

#### A. REGLAS ESTABLECIDAS EN SENTENCIA DE UNIFICACION Consejo de Estado el 18 de julio de 2018 <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 CESANTIA	COMO 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

<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.

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 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.

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 2019<sup>5</sup> ha considerado que la responsabilidad es del Ministerio de Educación

<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.»

<sup>5</sup> 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 petitionarios, 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 párrafo 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 pronuncio 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.”

### **G. 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>6</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

<sup>6</sup> 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**

Conforme a la situación fáctica del presente asunto realizada en la fijación del litigio se tiene lo siguiente.

- Mediante petición del 08 de agosto de 2011, la señora JEANETH MERCEDES HERNANDEZ, solicitó el pago de cesantías parciales.
- Con Resolución N° 0496 del 16 de enero de 2012 (fl 09), la Secretaría de Educación del Distrito efectuó el reconocimiento por valor de \$ 10.269.230.
- La notificación del acto administrativo se realizó el 27 de enero de 2012 ( fl 376)
- El pago se realizó el 14 de mayo de 2012 (fl 10).

La actora con petición radicada el 09 de abril de 2014, ante el Ministerio de Educación Nacional, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías (f 03), y ante la falta de pronunciamiento de la administración, pretende en esta instancia judicial sea declarada la existencia del acto ficto o presunto y su nulidad.

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

Teniendo en cuenta que la solicitud de cesantías se realizó en vigencia del C.C.A, el término para el pago es de 65 días hábiles, y conforme a la regla establecida en la sentencia de unificación<sup>8</sup>, el término se cuenta a partir de la petición: 15 días para proferir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, 05 días de ejecutoria 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>	09 de agosto de 2011  Día posterior a la fecha de solicitud pago cesantía (radicado 2011- CES025653)	30 de agosto de 2011
<u>05 de ejecutoria</u>	31 de agosto de 2011	06 de septiembre de 2011
<u>45 para el pago</u>	07 de septiembre de 2011	10 de noviembre de 2011

Así, se establece con claridad que los **65 días hábiles** se cumplieron el día **10 de noviembre de 2011**.

#### **Liquidación de la sanción - Días de mora**

La mora se produce desde el **11 de noviembre de 2011 hasta el 14 de mayo de 2012**, según consta en la certificación visible a (folio 10)

<sup>7</sup> C 494 DEL 2016.

<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.

<b>TOTAL DIAS DE MORA - CALENDARIO</b>		<b>TOTAL</b>
	19 de noviembre	
	+31 de diciembre	
	+31 de enero	
	+29 de febrero	
	+31 de marzo	
	+30 de abril	
	14 de mayo	
		<b>185</b>

Observando la sub-regla indicada en la sentencia de unificación, al tratarse de una sanción moratoria originada por el pago tardío de cesantías parcial, se toma el **salario básico diario al momento de la fecha en que se causo la mora, esto es, para el caso de la actora en las proporciones que corresponde a los años 2011 y 2012.**  
(fl 12)

En el "Certificado de Salario del año 2011 se indica que el salario mensual fue de \$2.425.592, y para el año 2012 de \$ 2.546.872, lo que implica que el salario diario para esos años corresponde a **\$ 80.853 y \$ 84.895 respectivamente.**

**2011.** 50 días de mora x \$ 80.853 = \$ 4.042.650  
**2012.** 135 días de mora x \$ 84.895 = \$ 11.460.825  
**Total**                    **\$ 15.503.475**

**De acuerdo a lo anterior, se declarará la existencia del acto ficto o presunto causado con la petición del 09 de abril de 2014 presentada ante el FONPREMAG - Ministerio De Educación, y en consecuencia se declarará su nulidad.**

**A título de restablecimiento del derecho se condenará a la Nación Ministerio De Educación Nacional, a cancelar a la demandante por concepto de sanción moratoria la suma de QUINCE MILLONES QUINIENTOS TRES MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS (\$15.503.475).**

### **RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES VINCULADAS EN LA MORA.**

Acorde con la línea jurisprudencia establecida por el Consejo de Estado desde la sentencia de Unificación de 2018, en el presente asunto, la responsable es la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

No obstante, este Despacho atendiendo los parámetros fijados por el Consejo de Estado, determinó vincular al proceso, además de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, al Distrito Capital - Secretaría de Educación y a la Fiduprevisora, en condición de Litisconsorcios. La decisión tiene como sustento la existencia de una relación jurídica sustancial en la que todos los vinculados son sujetos pasivos del derecho que se ventila en el proceso, el primero por su condición de empleador, el Distrito por ser delegatario de la función administrativa de expedir el acto de reconocimiento de la cesantía y la Fiduprevisora en virtud del contrato de fiducia para el pago de prestaciones, relación que los convirtió en obligados solidarios.

*ARTICULO 1568 C.C.. <DEFINICION DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS>. En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.*

Ahora bien, según lo enseña el maestro Hernando Devis Echandía<sup>9</sup> la vinculación del litisconsorcio genera en la sentencia los siguientes efectos:

*“El primer efecto del Litis-consorcio es el de constituir una sola causa, para ser resuelta mediante un mismo procedimiento y una sentencia común, con lo cual se crea una unión procesal entre los varios litisconsortes. Esto no significa que la decisión contenida en la sentencia deba ser siempre igual para todos, pues sus distintas pretensiones pueden correr suertes diferentes, como acontece en los casos de litisconsorcio voluntarios (favorable a uno o varios de los demandantes o demandados y desfavorable a los demás)”*

De manera que es obligación del juez, una vez constituido el litisconsorcio emitir sentencia frente a cada uno de los vinculados.

#### **Defensa del Distrito Capital y de la FIDUPREVISORA.**

La SECRETARIA DE EDUCACION DEL DISTRITO procuró exonerarse de responsabilidad alegando falta de competencia para el reconocimiento de la sanción mora. Aduce que conforme al artículo 3 del Decreto 2831 de 2005 a ella solo le compete resolver las solicitudes de prestaciones sociales de los docentes, y que en virtud del artículo 5 de la ley 1071 del 2006 aplicable a todos los empleados públicos, la competencia para resolver sobre dicha sanción la tiene la entidad pagadora.

Al respecto, es preciso anotar que la norma general debe ceder a la particular de los docentes, esto es al Decreto 2831 del 2005 que distribuye las funciones entre el Distrito y la Fiduprevisora para el reconocimiento y pago de las prestaciones. Adicionalmente, contrario a lo señalado por la entidad, el artículo 4º de la ley 1071, establece que la sanción mora debe ser cancelada por: (i) la empleadora o (ii) por quien tenga a cargo el reconocimiento o (iii) por quien tenga a cargo el pago de las cesantías

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

Por su parte la entidad fiduciaria no presenta en su defensa argumentos ni pruebas que permitan justificar la mora en el cumplimiento de sus obligaciones.

<sup>9</sup> Compendio de Derecho procesal. Biblioteca Jurídica DIKE. Decimotercera Edición 1994, p. 341

### **Responsabilidad por efecto de la delegación.**

La función de reconocimiento de las cesantías por parte de las entidades territoriales nace de la delegación que le hiciera el Ministerio en cumplimiento de lo dispuesto el artículo 9 de la ley 91 de 1989:

*ARTÍCULO 9. 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.*

Por su parte, el artículo 56 de la ley 962 del 2005 dispuso:

*ARTÍCULO 56. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.*

Y en el mismo sentido, el artículo 3 del Decreto 2831 del 2005 consagró el trámite de reconocimiento de prestaciones por delegación en cabeza de las entidades territoriales.

*Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.*

(...)

*Parágrafo 2°. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.*

Ahora bien, por expresa disposición constitucional y legal, el acto de delegación lleva implícita la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación.

### **Art. 211 de la C.P.**

*“La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades. La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente. La*

ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios. (subrayado fuera de texto)

Ley 489 de 1998, Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, señala

*ARTÍCULO 12.- Régimen de los actos del delegatario. Los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas.*

*La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.* (subrayado fuera de texto)

Bajo este entendido es obligación del Distrito responder con su propio pecunio por la sanción que generó la mora en la expedición del acto de reconocimiento de cesantías.

### **Responsabilidad de la FIDUPREVISORA**

El artículo 5° de la ley 1071 de 2006, indica que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir del cual, quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, y en caso de mora, la entidad pública pagadora reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de mora hasta cuando se haga efectivo el pago.

Dicha obligación se estipuló en el contrato de fiducia firmado con el Ministerio de Educación.

Es importante agregar que aunque la responsabilidad de la Administración territorial de manera expresa solo se consagra en la ley 1955 de 2019, no hay duda que los parámetros de responsabilidad allí establecidos obedecen a los principios de derecho que se dejan expuestos en precedencia.

**ARTÍCULO 57°. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

(...)

**PARÁGRAFO.** La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se

*genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.*

### **Liquidación de la obligación**

Con el fin de precisar el grado de responsabilidad de cada una de las entidades involucradas, se solicitaron pruebas dirigidas a determinar el tiempo que tardó cada una en resolver de fondo el trámite que le compete y se les requirió la justificación del incumplimiento de términos.

Agotado el periodo probatorio sin que se obtuviera respuesta, procede el Despacho a definir el monto en que con su pecunio el Distrito Capital y la Fiduciaria la Fiduprevisora deben responderle a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por la condena impuesta.

Para tal efecto deberán cancelar en porcentajes iguales el valor de la sanción moratoria en los siguientes términos:

**VALOR TOTAL SANCION                      \$ 15.503.475**

Proporción que corresponde a <u>la Secretaría de Educación:</u>	\$ 7.751.737
Proporción que corresponde <u>a la Fiduprevisora S.A:</u>	\$ 7.751.737

### **Otras decisiones en torno a la responsabilidad de las entidades.**

Por ultimo, el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL deberá compulsar copias ante los organismos de control - PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION Y CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, para determinar la posible culpa y/o dolo de los funcionarios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO, y la FIDUPREVISORA S.A, que tuvieron a su cargo el trámite de reconocimiento y pago de cesantías de la demandante, y por su parte, las referidas entidades deberán promover el proceso de repetición en contra de los funcionarios responsables, por los hechos en los cuales se les condenó pecuniariamente en esta instancia.

### **INDEXACIÓN.**

El Despacho no desconoce que en sentencia del 26 de agosto del 2019 con ponencia del Dr. William Hernández Gómez se sostuvo que la correcta interpretación de la sentencia de unificación implicaba dar aplicación al inciso final del artículo 187 del CPACA, sin embargo expresamente en la parte motiva de la citada sentencia SUJ-SIIO-012-2018 del 18 de julio de 2018 se dijo lo contrario, señalando diferentes razones para negar la indexación, motivo por el cual el Despacho respetará el fallo de unificación negando la indexación

### **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.

**TIEMPO DE MORA 185 DIAS**

En el presente asunto, comoquiera que los meses adeudados por sanción 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, la moratoria en el pago de las cesantías se causó desde el **11 de noviembre de 2011**, la petición de reconocimiento y pago de la sanción mora fue presentada el **09 de abril de 2014** (folio 03), con lo que se interrumpió la prescripción, y entre esta última fecha y la presentación de la demanda (**11 de septiembre de 2015**) no transcurrieron mas de tres años, por lo anterior se niega la excepción de prescripción propuesta por la Secretaría de Educación del Distrito.

**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.
- Se accedieron a las pretensiones.
- Fueron presentadas excepciones previas.
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.

El Despacho se abstendrá de condenar en costas, toda vez que las pretensiones fuero reconocidas de manera parcial. .

**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** la existencia del acto ficto o presunto causado con la petición de reconocimiento de sanción moratoria ante la Secretaría de Educación del Distrito el 09 de abril de 2014, presentada por la señora JEANETH MERCEDES HERNANDEZ, identificada con cedula de ciudadanía Nro. 51.751.253.

**SEGUNDO. DECLARAR** la nulidad del acto ficto o presunto causado con la petición de reconocimiento de sanción moratoria ante el Ministerio de Educación Nacional el 09 de abril de 2014, por cuanto se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

**TERCERO CONDENAR A NACION - MINISTERIO DE EDUCACIÓN** a pagar a la señora JEANETH MERCEDES HERNANDEZ de su pecunio 185 días de sanción mora, equivalentes a **QUINCE MILLONES QUINIENTOS TRES MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS (\$15.503.475)**.

**CUARTO. INDEXACIÓN** conforme a la sentencia de unificación, no hay lugar a indexación.

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

**SEXTO.** La **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO** y la **FIDUPREVISORA S.A.**, responderán con su pecunio a la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, en porcentajes iguales el valor de la sanción moratoria, esto es, por valor de **SIETE MILLONES setecientos CINCUENTA Y UN MIL CIENTO TREINTA Y SIETE PESOS. (\$ 7.751.737)**.

**SÉPTIMO. EI MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL** deberá compulsar copias ante los organismos de control - **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION Y CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA**, para determinar la posible culpa y/o dolo de los funcionarios de la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO**, y la **FIDUPREVISORA S.A.**, que tuvieron a su cargo el trámite de reconocimiento y pago de cesantías de la demandante, y por su parte, las referidas entidades deberán promover el proceso de repetición en contra de los funcionarios responsables, por los hechos en los cuales se les condenó pecuniariamente en esta instancia.

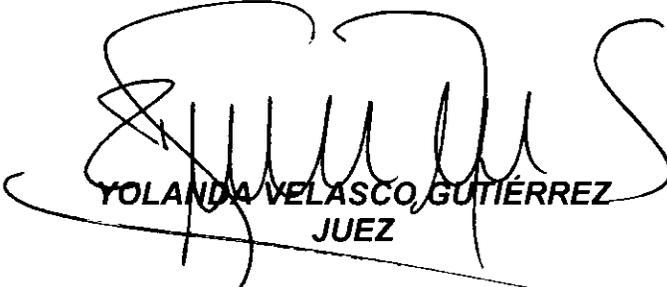
## **OCTAVO SIN CONDENAS EN COSTAS**

**NOVENO. 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.

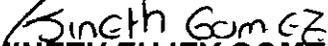
**DECIMO. EJECUTORIADA** esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

**Decisión notificada en estrados.**

**LA APODERADA DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO  
MANIFIESTA QUE INTERPONE RECURSO DE APELACIÓN, EL CUAL  
SUSTENTARA DENTRO DEL TÉRMINO.**



**YOLANDA VELASCO GUTIÉRREZ  
JUEZ**



**JINETH ZUJEY GÓMEZ CALVO  
APODERADA PARTE DEMANDANTE**

**EDNA CAROLINA OLARTE MARQUEZ  
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ**



**JOSE HUGO TORRES BELTRAN  
SECRETARIO AD HOC**

