JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

RADICACIÓN Nº ***11001-3335-012-2016-00485-00***
ACCIÓN: ***NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO***
DEMANDANTE: ***MARÍA ANGÉLICA GUIZA OLIVARES***
DEMANDADO: ***NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO***

ACTA N° 485 - 2019
AUDIENCIA INICIAL
ART. 180 LEY 1437 DE 2011

En Bogotá D.C. a los 3 días de diciembre de 2019 siendo las 11 de la mañana, fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Secretaria ad hoc del Despacho constituyó audiencia pública en la ***Sala 43*** *del Complejo Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:*

INTERVINIENTES

La parte demandante: *No asistió. Se le concede el término de 3 días para que justifique la inasistencia so pena de sanción de 2 smlmv.*

La parte demandada: *Diana Carolina Prada Nova (SED), Karen Eliana Rueda Agredo (Ministerio de Educación y Fiduprevisora).*

A quien se le reconoce personería para actuar de conformidad con el poder obrante en el expediente.

Se deja que previo al inicio de la audiencia se consultaron los antecedes disciplinarios de los apoderados, sin que se encontrará registro alguno.

No se hace presente el Agente del ***Ministerio Público****.*

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se informó a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del CPACA, se agotarán las siguientes etapas:

- *Saneamiento del Proceso*
- *Decisión de excepciones previas*
- *Fijación del litigio*
- *Conciliación*
- *Decreto de pruebas*
- *Alegaciones Finales*
- *Sentencia*

ETAPA I: SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el numeral 5 del artículo 180 ibídem, se corre traslado a los apoderados de las partes para que informen si existe vicio o irregularidad alguna que afecte el trámite del proceso y deba ser saneada.

Como ninguna de las partes advirtió causal de nulidad y el Despacho tampoco, se declara saneado el proceso y se continúa con las demás etapas de la audiencia.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

ETAPA II – DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS

La Secretaría de Educación Distrital propuso como excepción previa la falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción.

En el sistema jurídico colombiano, la ***legitimación en la causa*** *como aspecto procesal, es decir, como la posibilidad de que una persona pueda formular o contradecir las pretensiones de una demanda por ser el sujeto activo o pasivo con interés en la relación jurídica sustancial que se debate en un proceso, se divide en dos: 1. Legitimación en la causa de hecho, relativa a capacidad que tiene un sujeto para ser parte en un proceso en virtud de la imputación de hechos que se realiza en la demanda, y 2. Legitimación en la causa material que está dirigida a establecer la participación real en los hechos en los que se funda la demanda.*

En el caso concreto, dadas las pretensiones de la demanda, se tiene probada la legitimación en la causa de hecho, sin embargo el Despacho se pronunciará sobre la legitimación en la causa material en la sentencia, pues esta se define con el fondo del asunto, en tanto se debe determinar si a la SED tuvo participación o no en la mora en el pago de las cesantías solicitadas.

Respecto de la ***prescripción****, aunque esta excepción es mixta, se resolverá en la sentencia pues solo se podrá resolver si se determina la existencia del derecho reclamado.*

Por lo anterior, se declaran no probadas las excepciones previas.

Por lo que al no haber más excepciones previas que resolver, se continúa con el trámite de la audiencia.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

ETAPA III – FIJACIÓN DEL LITIGIO

Con fundamento en los hechos y pruebas que obran en el expediente, el Despacho tiene por probados los siguientes hechos:

MARÍA ANGÉLICA GUIZA OLIVARES *CC 52.052.079 de Bogotá*
VINCULACIÓN *Desde el 14 de febrero de 2000 y hasta el 16 de mayo de 2011*
ACTO DE RECONOCIMIENTO *Resolución 1276 del 30 de marzo de 2012, por la que se ordenó pagar por concepto de cesantía definitivas la suma de $14.900.711 (fls. 2-3)*
FECHA DE PAGO *Según consta en el comprobante de transacción visible a folio 4, el pago se realizó el 19*

de noviembre de 2012 en el banco BBVA.
SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA
Derecho de petición radicado el 14 de marzo de 2013 ante la Secretaría de Educación de Bogotá (fls. 5-7).
RESPUESTA
Sin respuesta
CERTIFICADO DE SALARIOS
Certificado de salarios 2010 y 2011 (fl. 8)
CONCILIACIÓN PREJUDICIAL
Solicitud presentada el 24 de octubre de 2016 *Constancia de conciliación fallida del 6 de diciembre de 2016 (fl. 10)*
PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA
9 de diciembre de 2016 (fl.14)
PRETENSIONES
1. Que se declare la existencia y nulidad del acto ficto producto de la petición del 14 de marzo de 2013. *2. En consecuencia de lo anterior, que se reconozca y ordene el pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías de la demandante.* *3. Que se paguen los intereses moratorios e indexación sobre la suma anterior.* *4. Que se condene en costas a la entidad demandada.*

Se concede el uso de la palabra a las partes para que se pronuncien respecto a la fijación del litigio.

Escuchadas las partes, el Despacho considera que el problema jurídico se contrae en determinar si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

ETAPA IV – CONCILIACIÓN

Continuando con el curso de la diligencia se pregunta a las partes si les asiste ánimo conciliatorio.

El Ministerio reiteró que la entidad maneja una posición genérica de conciliación dependiendo del monto de la sanción, sin embargo la parte actora y las demás entidades no tienen ánimo conciliatorio.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

ETAPA V - DECRETO DE PRUEBAS

Téngase como pruebas los documentos que fueron aportados con la demanda y la contestación de la misma, a las que se les otorga el valor legal.

Como quiera que las partes no realizaron solicitud de pruebas adicionales, y como quiera que este litigio es puro derecho, se continua con las etapas de alegaciones y juzgamiento.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

ETAPA VI - ALEGACIONES FINALES

A continuación, se corre traslado a las partes para que presenten alegatos de conclusión. Los argumentos expuestos quedan consignados en la videograbación

anexa a la presente acta.

Decisión notificada en estrados

ETAPA VII - FALLO

1. Problema Jurídico

Corresponde al Despacho determinar, en todos los procesos convocados en esta audiencia, si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales.

2. Tesis del Despacho

El Despacho accederá a las pretensiones de la demanda siguiendo la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado. No obstante, respecto al responsable del pago de la mora, aunque se condenará a la Nación – Ministerio de Educación por ser el empleador de los demandantes, en aras de darle contenido material a las disposiciones legales que en adelante se expondrán, se realizará el estudio de responsabilidad solidaria de las entidades vinculadas, quienes en virtud de las figuras de delegación y contratación, con su actuar omisivo e injustificado, pudieron dar lugar al retraso en el pago de las cesantías.

Lo anterior, por cuanto la sentencia de unificación no se pronunció sobre la responsabilidad de las entidades vinculadas como litisconsortes, pero es obligación del juez determinar la responsabilidad de ellas según las normas que regulan la materia.

3. Consideraciones

3.1. De las reglas establecidas en la Sentencia de Unificación proferida por el 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 casos en los que la petición no tuvo respuesta en los 15 días siguientes a la solicitud, o fue extemporánea.

---

[1] H. Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, 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.

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

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

ACTO ESCRITO EN TIEMPO	*Personal*	*10 días, posteriores a la notificación*	*45 días posteriores a la ejecutoria*	*55 días posteriores a la notificación*
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	*Electrónica*	*10 días, posteriores a certificación de acceso al acto*	*45 días posteriores a la ejecutoria*	*55 días posteriores a la notificación*
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	*Aviso*	*10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso*	*45 días posteriores a la ejecutoria*	*55 días posteriores a la entrega del aviso*
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	*Sin notificar o notificado fuera de término*	*10 días, posteriores al intento de notificación personal* [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 2005[3] *en el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y de la Ley 1071 de 2006*[4]*", 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.*

---

[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.».

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.*

3.2. De la limitación del quantum de la sanción

Este Despacho, con fundamento en los principios de lesión enorme y enriquecimiento sin justa causa, considera que la sanción por mora no debe 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 parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 del 2006 en cuanto dispone que en caso de mora en el pago de cesantías se debe 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.[5]

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 esta 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."*[6]

---

[5] Sentencia C-840/2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz
[6] C 494 del 2016

3.3. Del responsable de la obligación

En sentencia del 26 de agosto de 2019[7] el Consejo de Estado consideró que la responsabilidad es del Ministerio de Educación. 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 a expedir la resolución de reconocimiento es el distrito - secretaría de educación.*

3. *La función de pago es contratada con la Fiduprevisora S.A.*

---

[7] *Sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, magistrado ponente William Hernández Gómez. Radicado: 1728-2018.*

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 trámites que se encontraban a su cargo.

Si bien es cierto que la sentencia de unificación 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 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."*

3.4. Responsabilidad en la mora de las entidades vinculadas

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 EDUCACIÓN 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 al Distrito Capital - Secretaría de Educación y a la Fiduprevisora, en condición de litisconsortes de la parte demanda. 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 las cesantías y la Fiduprevisora en virtud del contrato de fiducia para el pago de prestaciones, relación que los convirtió en obligados solidarios. Al respecto, el Código Civil dispone:

> ***ARTÍCULO 1568. DEFINICIÓN 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[8], 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 Educación 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 competente 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 4° de la ley 1071, establece que la sanción por 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.

La entidad fiduciaria no contestó la demanda.

Responsabilidad por efecto de la delegación

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

***ARTÍCULO 211.** La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos,*

[8] Compendio de Derecho procesal. Biblioteca Jurídica DIKE, Decimotercera Edición 1994, p. 341

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)

Ahora bien, 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 así:

***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.*

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 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 para realizar el pago, y en caso de mora, la entidad pública pagadora reconocerá y cancelará al beneficiario, de sus propios recursos, 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 Secretaria 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.*

Aclarado lo anterior, como quiera que dentro del trámite de reconocimiento y pago de las cesantías intervienen tanto la Secretaría de Educación Distrital como la Fiduprevisora, y son estas entidades las encargadas del cumplimiento de los términos legales para el efecto, también es a estas entidades a las que se debió dirigir el derecho de petición en el que se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción mora, puesto que la tardanza en el pago se originó en su actuar, sin que el Ministerio de Educación Nacional sea el competente para resolver la solicitud, por efecto de la delegación. Así las cosas, el derecho de petición con el que se inició la actuación administrativa no debió ser dirigido al Ministerio sino a la Secretaría de Educación Distrital o a la Fiduprevisora, se reitera, pues ellos son los verdaderos responsables de la mora en el pago de las cesantías y quienes

deben acudir al pago de la sanción que de ello se genere, sin embargo siguiendo el antecedente jurisprudencial ya mencionado, el Despacho condenará al Ministerio de Educación, ordenándole a su vez a las entidades vinculadas pagar a su favor lo aquí condenado.

5. Otras decisiones en torno a la responsabilidad de las entidades

Por último, el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL deberá compulsar copias ante los organismos de control (Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República) 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 del 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 que al no ser la sanción moratoria un derecho laboral, sino una penalidad no es procedente reconocer la indexación:

> *Por ello, en juicio de la Sala para justificar la indexación de la sanción por mora en el pago de las cesantías, no es viable acudir al contenido del último inciso del artículo 187 del CPACA, pues en estricto sentido, la sentencia no reivindica ningún derecho ni obligación insatisfecha, erigiéndose como generadora de un beneficio económico para el demandante cuya única causa fue la demora en el pago de una prestación. (Negrilla del Despacho)*

Por lo anterior, este estrado judicial respetará el fallo de unificación negando la indexación.

3.2. Del caso concreto

Presupuestos para declarar la existencia de la sanción moratoria

PETICIÓN DE CESANTÍAS	***RESOLUCIÓN CESANTÍAS***	***NOTIFICACIÓN ACTO DE CESANTÍAS***	***PAGO DE CESANTÍAS***	***PETICIÓN DE SANCIÓN MORA***	***RESPUESTA PETICIÓN CESANTÍAS***
21 de junio de 2011 (fl.2)	*1276 del 30 de marzo de 2012. $14.900.711 (fl. 2-3)*	***No probado***	*19 de noviembre de 2012 (fl.4)*	*14/03/2013 radicada en la SED (fls. 5-7)*	*Sin respuesta*

La parte actora radicó solicitud de conciliación prejudicial el 24 de octubre de 2016, y la constancia de conciliación fallida se expidió el 6 de diciembre de 2016 (fl. 10).

Seguimiento a la petición de cesantías

Como quiera que en la contestación de la demanda hecha por la SED no se hizo referencia al procedimiento de respuesta de la petición de cesantías definitivas y la fiduciaria la Previsora S.A. no contestó la demanda, el Despacho definirá en equidad el monto en que, con su propio pecunio, el Distrito Capital y la Fiduciaria la Fiduprevisora deberán pagarle a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por la condena impuesta.

Liquidación de la sanción moratoria

Conforme lo anterior, se observa que el ***acto de reconocimiento de las cesantías fue proferido y notificado en forma extemporánea,*** *pues como la solicitud de cesantías se realizó en vigencia del CCA el término para el pago era de 65 días hábiles, y conforme a la regla establecida en la sentencia de unificación*[9] *dicho término se cuenta a partir de la petición así: 15 días para proferir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, 5 días de ejecutoria y 45 días para el pago de la cesantía.*

Número de días hábiles	***Inicio de término***	***Vencimiento de término***
15 días para el reconocimiento	*22 de junio de 2011 Día posterior a la fecha de solicitud pago cesantía (radicado 2011-CES-019728 del 21/06/2011)*	*14 de julio de 2011*
5 días de ejecutoria	*15 de julio de 2011*	*22 de julio de 2011*
45 días para el pago	*25 de julio de 2011*	*26 de septiembre de 2011*

Así, la mora se produce ***desde el 27 de septiembre de 2011 hasta el 18 de noviembre de 2012****, según el certificado de pago obrante a folio 4:*

DÍAS DE MORA (CALENDARIO)	***TOTAL DÍAS***
4 de septiembre de 2011 + 31 de octubre de 2011 + 30 de noviembre de 2011 + 31 de diciembre de 2011 + 31 de enero de 2012 + 29 de febrero de 2012 + 31 de marzo de 2012 + 30 de abril de 2012 + 31 de mayo de 2012 + 30 de junio de 2012 + 31 de julio de 2012 + 31 de agosto de 2012 + 30 septiembre de 2012 + 31 de octubre de 2012 + 18 noviembre de 2012	***419***

[9] 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.

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 la fecha en que vence el término que tenía la entidad para el reconocimiento y pago de la prestación, 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, en el caso bajo estudio se tiene que la moratoria en el pago de las cesantías se causó desde el ***26 de septiembre de 2011****, la petición de reconocimiento y pago de la sanción mora fue presentada el* ***14 de marzo de 2013*** *(fls. 5-7), con lo que se interrumpió la prescripción. No obstante, entre esta última fecha y la presentación de la demanda (****9 de diciembre de 2016****) transcurrieron más de tres años, y a pesar que se presentó solicitud de conciliación esta no tuvo la virtud de interrumpir la prescripción pues se presentó hasta el 24 de octubre de 2016.*

En ese sentido, el Despacho declarará la prescripción total de la sanción por mora.

4. 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 disposición anterior permite establecer que en materia de costas, para la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-, como lo ha ratificado el H. Consejo de Estado en sentencia de 7 de abril de 2016, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez[10]*.*

El Despacho condenará en costas a la parte demandante pues fue vencido en el proceso.

Remanentes de los gastos

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, 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.

---

[10] Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección "A" Consejero Ponente: William Hernández Gómez , Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016) , Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 , Número Interno: 1291-2014 , Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho , Actor: José Francisco Guerrero Bardi , Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal , EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada) Sentencia O-003-2016.

En mérito de lo expuesto el ***JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ - SECCIÓN SEGUNDA,*** *administrando Justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la ley.*

R E S U E L V E

PRIMERO: DECLARAR *la existencia del acto ficto o presunto causado con la petición de reconocimiento de la sanción moratoria presentada ante el Ministerio de Educación - Fonpremag el* ***14 de marzo de 2013****, por MARÍA ANGÉLICA GUIZA, identificado con cedula de ciudadanía Nro. 52.052.709 de Bogotá.*

SEGUNDO: DECLARAR *la nulidad del acto ficto o presunto causado con la petición presentada ante el Ministerio de Educación - Fonpremag el* ***14 de marzo de 2013****, por lo anteriormente expuesto.*

TERCERO: DECLARAR *la* ***PRESCRIPCIÓN*** *de la sanción por mora de conformidad con lo previamente expuesto.*

CUARTO: Condenar *en costas a la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho el equivalen al 10% de las pretensiones.* ***DESTINAR*** *los remanentes de los gastos del proceso a favor del Consejo Superior de la judicatura de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

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

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS. *Las partes cuentan con el término de ley para interponer recursos.*

Sin recursos.

YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ

La parte demandante:

No asistió

La parte demandada:

Karen Eliana Rueda Agredo

Diana Carolina Prada Nova

Secretaria ad hoc:

Silvia Lorena Rico