



160

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

PROCESO: ORDINARIO -NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN No.: 11001 3335 012 - 2015 - 00720 - 00
ACCIONANTE: HILDA ALMANZA HERNANDEZ
ACCIONADOS: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

**ACTA No. 410-18
AUDIENCIA INICIAL
ART. 180 LEY 1437 DE 2011**

En Bogotá D.C. a los veinticuatro días del mes de octubre de 2018, siendo las dos y treinta (02:30 p.m.) de la tarde, fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Secretario ad hoc constituyó en audiencia pública en la SALA SEIS y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes

INTERVINIENTES

PARTE DEMANDANTE: MIGUEL ARCANGEL SANCHEZ CRISTANCHO cuya personería se encuentra reconocida en el expediente.

PARTE DEMANDANDA – Ministerio de Educación FOMPREMAG: Dra. EDNA CAROLINA OLARTE MARQUEZ a quien se le reconoce personería jurídica de conformidad con el poder allegado.

PARTE VINCULADA – Secretaría de Educación de Bogotá: DRA. LINDA SORAYA VELASCO LOZANO a quien se le reconoce personería jurídica de conformidad con el poder allegado.

No se hizo presente la Representante del Ministerio Público.

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

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

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

SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de **saneamiento del proceso**, para tal efecto se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento. Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear y el Despacho tampoco evidencia causal que invalide lo actuado, se da por agotada esta etapa.

DECISION NOTIFICADA EN ESTRADOS

EXCEPCIONES PREVIAS.

El MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL no contestó la demanda, ni formuló excepciones previas.

La **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO** mediante escrito de agosto 22 de 2018 (Fl. 178) invocó las excepciones de "Falta de Legitimación en la causa por pasiva (fl.86)", "Legalidad de los actos acusados" (fl.89) y "prescripción" (fl.89).

La jurisprudencia constitucional se ha referido a este presupuesto como la "calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso"¹, de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas.

Bajo estas condiciones, y teniendo en cuenta que esta exceptiva es tratada por la doctrina como mixta, no es oportuno en este momento procesal desvincular a ninguna entidad que haya participado en el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, pues corresponde en el proceso establecer cuál fue su incidencia en la mora que se imputa.

Respecto a las demás excepciones encuentra el Despacho que están relacionadas con el aspecto sustancial de lo debatido y por consiguiente se deben resolver en la sentencia, advirtiendo que se analizará la configuración del fenómeno de la **prescripción** en el evento en que se acceda a las pretensiones.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

FIJACIÓN DEL LITIGIO

Con fundamento en los hechos y las pruebas que obran en el proceso, la demanda y la correspondiente contestación, encuentra el Despacho que se tienen por probados los hechos que a continuación se relacionan:

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-965 de 2003.

| | |
|---|---|
| HILDA ALMANZA HERNANDEZ CC. 41.694.218 (fl.130) | |
| VINCULACIÓN Docente Distrital "IED REPUBLICA DE COLOMBIA en propiedad (fl.131) | |
| SOLICITUD DE RETIRO DE CESANTIAS <u>2014-CES 005420 de 27 de febrero de 2014 (ver fl.5)</u> | |
| ACTO DE RECONOCIMIENTO Resolución 05951 de 09 de septiembre de 2014, por valor de \$122.449.451 (fl. 5), neto a pagar \$104.547.820 | |
| FECHA DE PAGO <u>26 de enero de 2015</u> (fl. 9) – Certificado Fidupervisora | |
| SOLICITUD DE SANCION MORATORIA | |
| SOLICITUD | RESPUESTA |
| Ante la Secretaría de Educación de Bogotá. Rad. E-2015-47837 de 18 de marzo de 2015 (fl. 10) | Oficio Secretaría Educación. S-2015-46488 de 28 de marzo de 2015, niega y remite a la Fidupervisora (fl.11-12) |
| Ante la Fiduciaria la Previsora S.A. Rad 201503250388842 de 24 de marzo de 2015 (CES 4632) (fl.13) | Oficio Fidupervisora: 20150170294981 de 30 de abril de 2015. |
| CERTIFICADO DE SALARIOS Certificado de 31 de marzo de 2015, salarios años 2012 a 2013 (fl.16) | |
| SOLICITUD DE CONCILIACIÓN PREJUDICIAL Presentada el 10 de junio de 2015 (fl.2) Audiencia de conciliación fallida: 10 de septiembre de 2015 (f 3) | |
| PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA Presentada el 30 de septiembre de 2015 (f 33) | |

Se concede el uso de la palabra a las partes a fin de que se pronuncien sobre la fijación del litigio. Las partes de conformidad.

Escuchadas las partes, el Despacho advierte que para el caso que aquí nos convoca, el litigio se contrae a un asunto de puro derecho dirigido a determinar si es procedente reconocer la sanción por mora adjudicada a la entidad demandada, con ocasión al pago tardío de las cesantías parciales y/o definitivas del demandante.

DECISION NOTIFICADA EN ESTRADOS

CONCILIACIÓN

Se concede el uso de la palabra a los apoderados de las entidades, quienes manifiestan no tener ánimo conciliatorio, razón por la cual se da por agotada esta etapa.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

DECRETO DE PRUEBAS

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

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

Las partes no solicitaron la práctica de pruebas adicionales, ni el Despacho requiere ordenarlas de oficio, en consecuencia, se declara cerrado el periodo probatorio.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

ALEGACIONES FINALES

A continuación, se corre traslado a las partes para que presenten alegatos de conclusión.

Los argumentos expuestos quedan consignados en la videgrabación anexa a la presente acta.

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

Considera el demandante que el pago de sus cesantías se realizó tardíamente, por ello, solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la **Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 normas dirigidas a los servidores públicos.**

Mediante sentencia de Unificación proferida por el H. Consejo de Estado el 18 de julio de 2018 ⁽²⁾, providencia expedida conforme las facultades otorgadas por la ley 1437 de 2011 CPACA (Art.271)³, concluyó que los docentes cuentan con carácter de **empleados públicos** y que les son aplicables las leyes 244 DE 1995 y 1071 DE 2006 que contemplan la sanción por mora.

“81 Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes

² 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.

³ Consultar artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y a las Secciones que la integran, la competencia para proferir sentencias de unificación por razones de importancia jurídica y trascendencia social, e-816 de 2011 y C-792 de 2014.

*integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, **SE ENCUADRAN DENTRO DEL CONCEPTO DE EMPLEADOS PÚBLICOS**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.*

82. Por lo anterior, **LA SALA UNIFICA SU JURISPRUDENCIA EN EL SENTIDO QUE A LOS DOCENTES LES SON APLICABLES LAS LEYES 244 DE 1995 Y 1071 DE 2006**, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional.

(Subraya, negrilla y mayúsculas por el Despacho)

En cuanto a los efectos de la sentencia de unificación el H. Consejo de Estado señaló:

224. Por lo anterior, las reglas contenidas en esta sentencia deben APLICARSE DE MANERA RETROSPECTIVA a todos los casos pendientes de decisión tanto en vía administrativa como en judicial.

225. De igual manera, la Sala precisa que los casos respecto de los cuales ya ha operado la COSA JUZGADA, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables, es decir, que esta sentencia NO TIENE EFECTOS RETROACTIVOS.

Subraya y negrilla por el Despacho

El efecto retrospectivo de la sentencia unificadora, fue explicado así:

(...)

215. El efecto retrospectivo implica «la aplicación del nuevo criterio al caso actual enjuiciado y a cualquier otro caso que haya de ser resuelto con posterioridad donde resultara aplicable la misma fuente del Derecho seleccionada o interpretada con el nuevo criterio jurisprudencial»⁴. ...

La Sanción Moratoria prevista en las leyes 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006

La Ley 1071 de 2006 que adicionó y modificó la ley 244 de 1995, estableció los términos con que cuentan las entidades para dar respuesta a las solicitudes de liquidación de cesantías, bien sea definitivas o parciales:

“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

⁴ Martín Orozco Muñoz. «La creación judicial del derecho y el precedente vinculante». Editorial Aranzadi. 2011. P. 248

pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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.”

En cuanto a la forma de contabilizar los términos establecidos en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, el Consejo de Estado⁵ ha manifestado que éstos “no deben apreciarse por separado sino en su conjunto; de no ser así la Administración podría dilatar indefinidamente la fecha de expedición de la resolución que dispone el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, burlando con ello el propósito de la Ley”. En este sentido se han de contar los 15 días que tiene 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 o 65 si la petición se hizo en vigencia del anterior código. (Antes del 2 de julio de 2012).

De modo que, si la entidad responsable sobrepasa el término de los 65 o 70 días descritos, incurrirá en mora en el pago de las cesantías y estará obligada a reconocer y cancelar de sus propios recursos, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las cesantías, de conformidad con el párrafo del artículo 5º de la ley 1071 de 2006.

Las sub-reglas contenidas en la sentencia de unificación

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se refirió expresamente al carácter vinculante de la decisión, adquiriendo su interpretación el carácter de norma nueva integrante del ordenamiento jurídico.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante, sentencia del 22 de noviembre de 2007.- Radicación número: 25000-23-25-000-2003-07833-01(4592-05)

197. En ese sentido, la función unificadora del Consejo de Estado otorga efectos relevantes y reconoce el carácter vinculante a la jurisprudencia de unificación dentro de la estructura normativa.⁶ Estas decisiones se constituyen en NORMA NUEVA que pasa a integrar el ordenamiento jurídico, ya que se ocupa de la interpretación de la ley formalmente considerada con miras a su aplicación obligatoria o vinculante. Así las cosas, la función de expedirlas y sus efectos legales,⁷ se convierten en su propia «regla de reconocimiento».⁸ Subraya, negrilla y mayúsculas por el Despacho

La decisión de unificación se pronunció frente a cuestionamientos específicos sobre el tema como ¿A partir de qué momento se hace exigible la sanción por mora?, ¿Cuál es el salario a tener en cuenta para liquidar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales, prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006? ¿Es procedente la actualización del valor de la sanción moratoria una vez se dejó de causar hasta la fecha de la sentencia que la reconoce? Los cuales se presentan a continuación

Momento a partir del cual se hace exigible la sanción moratoria.

Como se explicó en vigencia del CPACA, 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

Ahora bien, el H. Consejo de Estado, en 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.

| | | | | |
|--|---|---|-------------------------------------|-----------------------------------|
| 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 |

Fuente: sentencia de unificación

Ahora bien, 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, estableció que el termino de 45 días, comienza a partir la de notificación del acto o del que resuelva los recursos interpuestos en sede administrativa, así:

⁶ Sentencia citada del 27-07-2017, Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00060-00.

⁷ Ver los artículos 10, 102, 258, 269 y 273 del CPACA.

⁸ A través de la regla de reconocimiento de las razones, el individuo que aplica una norma tiene una razón de primer orden para hacerlo. En este caso específico, esta razón es el nuevo orden jurídico que le otorga carácter vinculante a este tipo de sentencias, cuyo desconocimiento acarrea consecuencias legales. Al respecto, Rolando Tamayo y Salmorán señalan que «[...] Las normas pueden ser "convertidas" en razones (como cualquier cosa) si satisfacen la regla de reconocimiento de razones, esto es si son "convertidas" en razones por A [el agente]. [...]». Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrinaria Jurídica. Núm. 121. 2003. página 204. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/757/12.pdf> el 27 de octubre de 2017.

Fuente: Sentencia de Unificación

| | | | | |
|------------------------------------|---|---|---|---|
| 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 ⁹ | 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 |

No sobra, señalar que la sentencia de unificación se refirió al hecho que el Decreto 2831 de 2005¹⁰ estableció un procedimiento para el reconocimiento de las prestaciones sociales que difiere del fijado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, en cuanto a los términos previstos para el efecto, y concluyó que “128 ...no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005¹¹ en el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y de la Ley 1071 de 2006¹²”, estableciendo que **debe primar la**

⁹ Se consideran los supuesto de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

¹⁰ «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.»

¹¹ «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.»

¹² «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.»

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, procediendo entonces la excepción o inaplicación por ilegalidad del Decreto 2831 de 2005 para la causación de la sanción moratoria en el pago de las cesantías.

Salario para liquidar la sanción moratoria.

En la sentencia de unificación se diferenció la liquidación con respecto a cesantías parciales y definitivas de la siguiente manera:

Frente a cesantías parciales:

la Sala reitera que en lo referente a las cesantías parciales, la asignación básica para la liquidación de la sanción será la que devengue el servidor al momento de la causación de la mora, a diferencia de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las definitivas, que estará constituida por la devengada para la fecha de finalización de la relación laboral o el vínculo contractual, por ser la fecha en que se hace exigible tal prestación social.

140. Al respecto, la Sección Segunda sienta jurisprudencia para precisar que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales¹³ SERÁ LA ASIGNACIÓN BÁSICA DIARIA DEVENGADA POR EL SERVIDOR PÚBLICO para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades, es decir se extiende en el tiempo, además que la penalidad se encuentra justificada por el incumplimiento en la obligación del pago por el empleador; y porque contrario al sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990¹⁴, para los servidores públicos del nivel territorial afiliados a fondos administradores privados y que se vinculen a partir del 31 de diciembre de 1996¹⁵, la obligación del

¹³ En los eventos consagrados en el artículo 3º de la Ley 1071 de 2006, esto es: «Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2º de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.
2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.»

¹⁴ « Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. [...]

Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: 1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcional por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.»

¹⁵ En virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998, que al tenor disponen lo siguiente:

« por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones. [...]

Artículo 13º.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;
b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo; [...]

«Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia. [...]

Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99,

empleador surge.» subraya y negrilla por el Despacho

De manera que la liquidación de la sanción mora por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales se toma de la asignación básica diaria devengada por el servidor público.

Frente a cesantías definitivas.

141. A diferencia de la anterior, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las por cada vigencia fiscal - Efectuar la liquidación el 31 de diciembre y consignar dicho valor antes del 15 de febrero del año siguiente- y es la razón por la cual en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 de 2016, se expuso que cuando «[...] concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos cesantías definitivas, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas.

142. Así lo consideró esta Sección en la citada sentencia de unificación, en los siguientes términos:

«[...] Y como no puede haber simultaneidad o concurrencia de una y otra de las indemnizaciones moratorias¹⁶, es decir, las que se producen a causa de la mora en la consignación de las cesantías anualizadas y las que surgen de la mora en el pago de las definitivas, deberá tomarse como límite final la fecha de la desvinculación del servicio, para efecto de la causación de la mora en el pago de las cesantías definitivas, [...].

Tesis que además ha sido sostenida y es la que se aplica en la jurisdicción ordinaria, tal como se desprende de la sentencia cuyo aparte de transcribe a continuación:

«[...] cuando finaliza el contrato de trabajo y no ha habido consignación oportuna de saldos de cesantía por uno o varios años anteriores, la indemnización moratoria ocasionada por ello, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, será pagadera sólo hasta el momento en que se termina la relación laboral, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios, porque en caso de incumplimiento en este último evento la que opera es la moratoria contenida en el artículo 65 ya citado.»¹⁷ [...]

Subraya y negrilla por el Despacho

El Superior elaboró el siguiente cuadro, con el que se resume la manera de establecer la base de liquidación.

102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.»

¹⁶ Más adelante se abordará el tema de la no concurrencia de una y otra de las indemnizaciones moratorias en mención.

¹⁷ Sentencia 14379 de marzo 27 de 2001, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

| 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

Así las cosas, según la sub-regla expuesta, no es posible para incluir para establecer el valor del día de retardo otros factores de salario, pues únicamente se tendrá en cuenta la asignación básica

Indexación de la sanción moratoria.

En la sentencia de unificación, se adoptó como regla general la improcedencia de indexar la sanción moratoria, porque con ello se estaría frente a un doble castigo por la misma causa:

185. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.

187. De acuerdo con lo anterior, las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.
Subraya y negrilla por el Despacho

Sin embargo, precisó que una vez cuantificada la sanción, si procede el ajuste de la condena.

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

Conteo en días calendario.

Finalmente, precisa el Despacho que para el conteo de los días se acoge el criterio del Consejo de Estado, expuesto en la sentencia del 22 de noviembre de 2012, con ponencia del doctor Danilo Rojas Betancur, dentro del proceso N°. 25000-23-26-000-2000-01407-01 (24872), que señaló:

“(…) Como se observa, la entidad que incurra en mora en el pago efectivo de

las cesantías deberá cancelar al interesado, a título de indemnización moratoria, una suma equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago, hasta cuando se produzca el pago efectivo, sin que en dicho cómputo se distingan días hábiles o inhábiles, por lo que deberán utilizarse días calendario (...)"

CASO CONCRETO

Mediante Resolución N° 05951 del 9 de septiembre de 2014 (fl.5), la demandada reconoció a la docente las cesantías solicitadas en escrito radicado el 27 de febrero de 2014, en un monto total de \$122.449.451 indicando un valor neto a pagar por valor de \$104.547.820

Teniendo en cuenta que el **acto de reconocimiento de la cesantía (R5951/14) fue proferido y notificado en forma extemporánea¹⁸**, se aplicará la regla establecida en la sentencia de unificación¹⁹, esto es, el término se cuenta a partir de la petición: 15 días para proferir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, 5 días de ejecutoria (Vigencia del CPACA) y 45 días para el pago de la cesantía.

| Número de Días – hábiles | inicia | venció |
|---------------------------------|---|---------------------|
| 15 días para el reconocimiento | 27 de febrero 2014 Fecha de solicitud pago cesantía (Radicado 2014-CES-005420 ver folio 5) | 20 de marzo de 2014 |
| 5 de ejecutoria | 20 de marzo de 2014 | 28 de marzo de 2014 |
| 45 para el pago | 28 de marzo de 2014 | 10 de junio de 2014 |

Así, se establece con claridad que los **65 días hábiles** se cumplieron el día **10 de junio de 2014**, por cuanto la petición se hizo en vigencia del CPACA

Días de mora

La mora se produce **desde el 11 de junio de 2014 hasta el 26 de enero de 2015**, fecha en la cual se realizó la consignación en el BANCO BBVA, según consta en la certificación expedida por la Fiduprevisora (fl.9)

| TOTAL DIAS DE MORA - CALENDARIO | TOTAL |
|--|---|
| 11 de junio de 2014 al 26 de enero de 2015 | 19+31+31+30+31+30+3 1+26= 229 |

Liquidación de la sanción

Observando la sub-regla indicada en la sentencia de unificación, al tratarse de una sanción moratoria originada por el pago tardío de cesantías definitivas, se toma el **salario básico diario al momento del retiro**.

¹⁸ La petición de reconocimiento de las cesantías definitivas se efectuó el día 27 de febrero de 2014 (Ver tercer párrafo de la R.5951/14 folio 05)

¹⁹ 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.

Según lo consignado en la R.5951/2014 (fl.5) la docente HILDA ALMANZA HERNANDEZ renunció el 10 de diciembre de 2013 (ver folio 5)

En el "Certificado de Salario 2013" (fl.16) se indica que el salario mensual fue de \$ 2'634.485,00 lo que implica que el salario diario corresponde a \$ 87.828,00

229 días de mora x \$ 87.828 = \$ 20'112.612 son VEINTE MILLONES CIENTO DOCE MIL SEISCIENTOS DOCE PESOS.

Indexación.

Como se explicó en la sentencia de unificación, no es procedente ordenar indexar la sanción moratoria, pues implicaría un doble castigo, sin embargo, es procedente ordenar el ajuste del valor de la condena en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA

Sobre la limitación de la sanción moratoria.

Para este Despacho, bien se entienda 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.

En nuestro ordenamiento jurídico están consagradas otras figuras de SANCION INDEMNIZATORIA POR MORA, es el caso de los intereses moratorios, en sus diferentes tasas. Frente a ellos, las Altas Cortes han concluido aplicando los principios de lesión enorme, enriquecimiento sin justa causa, que el valor de la indemnización por mora no puede sobrepasar el valor del crédito.

Frente al cobro de intereses que exceden las cantidades adeudadas la Corte Suprema expresó²⁰:

"Y como la tendencia del derecho moderno, contrariamente a lo que en el pasado pregonaban las escuelas económicas calvinistas y liberal, es la de proscribir y combatir la usura para impedir el aprovechamiento injusto de los estados de necesidad, el actual Código de Comercio ha señalado límites a la utilidad o ganancia que es propia de las actividades mercantiles, dirigidas todas a la obtención de lucro. No quiere ahora la ley, como se autorizaba en el pasado que la lesión enorme en los negocios mercantiles se quede sin sanción, que pueda realizarse impunemente el enriquecimiento injusto. Hoy el legislador, consciente de su deber de dar normas para regular y humanizar las relaciones entre los asociados, dictó normas que indudablemente están llenas de un claro propósito de impedir la explotación de las necesidades de los semejantes y que tienden, certeramente, a fijar límites al lucro permitido..."

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil" Magistrado Ponente, Dr. Rafael Romero Sierra, Sentencia del 28 de noviembre de 1989, gaceta Judicial 2435 de 1989 2S T-196, Pags. 138 a 139.

Por su parte el Consejo de Estado²¹ ha señalado en su jurisprudencia lo siguiente:

"2.- Estima la sala que dentro de un mismo sistema jurídico no pueden razonablemente coexistir disposiciones que, como sucede con la tasas de interés, de una parte se consideren, por ser excesivamente onerosas, como constitutivas del delito de usura; y de otra, se acepte como legales o lícitas para efectos diferentes, como serían el doble de los comerciales.

3.- Por tal razón, estima la sala que cuando los intereses establecidos en el parágrafo quinto del artículo 177 del c.c.a., sobrepasen el límite de la usura previsto en el artículo 235 del código penal, la suma que arroje la liquidación debe ser reducida a dicho límite. No tendría sentido que lo que es punible en el campo del derecho penal, pudiera aplicarse sin restricciones en el campo civil, comercial o administrativo." (Se resalta)

Este tipo de limitación, ya ha sido elevado a norma jurídica en el derecho privado (artículo 29 de la Ley 789 de 2002 que limitó la indemnización a un máximo de 24 meses, correspondiéndole al juez determinar la mala fe del empleador (C.S.J. Sala de Casación Laboral, Sentencia SL11436-2016, Radicación No.45566 del 29 de Junio de 2016) y en el derecho comparado la Ley Federal del Trabajo en México los limitó a 12 meses.

Así pues este Despacho Judicial adopta la tesis jurisprudencial de las altas Cortes en torno a limitar el cobro de la indemnización moratoria hasta el monto total de la obligación, en aras de evitar un detrimento fiscal al Estado.

| Conceptos | | Valor |
|-----------|--|----------------|
| i. | Capital pagado por concepto de cesantías | \$ 104.547.820 |
| ii. | Sanción Moratoria liquidada | \$ 20'112.612 |

En el presente asunto, comoquiera que el valor de la sanción moratoria no sobrepasa al capital pagado por concepto de cesantías no hay lugar limitarla.

Prescripción

Debe advertir el Despacho que para el caso que nos convoca, el derecho al pago de la sanción por mora se extingue cuando no son reclamados dentro de los tres años siguientes a su reconocimiento; por su parte, la petición interrumpe la prescripción siempre y cuando la demanda se presente en un término máximo de tres años.

Así las cosas, al demandante le fueron pagadas sus cesantías el **26 de enero de 2015** (folio 9), la solicitud de reconocimiento de la sanción mora fue presentada el **18 de marzo de 2015** (folio 10) y la demanda fue presentada el **30 de septiembre de 2015** (folio 33), por lo que no operó la prescripción.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Dr Carlos Betancurt Jaramillo, Auto del 4 de septiembre de 1997.Exp: 12.893

Así las cosas, a pesar que hubo mora en el cumplimiento de las obligaciones tanto por la Secretaría de Educación, como por la Fiduprevisora, se condenará a la Nación - Ministerio de Educación para que responda ante la actora, sin perjuicio de que pueda repetir contra las referidas entidades.

Condena en costas

El artículo 188 del CPACA señala:

“...Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”.

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio “subjetivo” – CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

“III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1. ASUNTOS.

3.1.2. Primera instancia.

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia.”

Frente a lo anterior el Consejo de Estado²² ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- En el proceso se pretendió el pago de mora en cesantías.
- Se accedieron a las pretensiones.
- Fueron presentadas excepciones previas.
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.

²² Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

Haciendo un juicio de razonabilidad y proporcionalidad el Despacho establece que sólo en virtud que la sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018 se promulgaron las reglas para el reconocimiento de la sanción moratoria según la ley 244 de 1995 y 1071 de 2006 con carácter obligatorio o vinculante, razón por la cual la entidad no contaba con las herramientas para resolver el conflicto en vía administrativa, razón por la cual no se le impondrá costas procesales.

Remanentes de los gastos

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 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.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá - Sección Segunda**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD DEL OFICIO S-2015-46488 de 28 de marzo de 2015 proferido por la Dirección de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá, y la **NULIDAD DEL OFICIO 20150170294981** del 30 de abril de 2015 expedido por la Fiduprevisora, por cuanto negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

SEGUNDO. CONDENAR a la Nación- Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pagar a la señora **HILDA ALMANZA HERNANDEZ** identificada con cédula de ciudadanía No. 41.694.218 de Bogotá, las sumas correspondientes a la sanción moratoria prevista en el artículo 5° de la ley 1071 de 2006, equivalente a 229 días de salario devengado por la actora, esto es, **VEINTE MILLONES CIENTO DOCE MIL SEISCIENTOS DOCE PESOS (\$20'112.612)**

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

QUINTO. SIN CONDENA EN COSTAS.

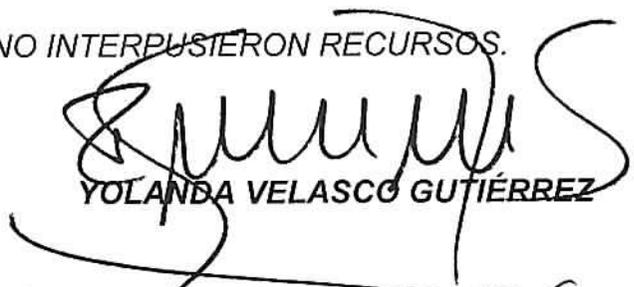
SEXTO. EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

Las partes cuentan con el término de ley para interponer los respectivos recursos.

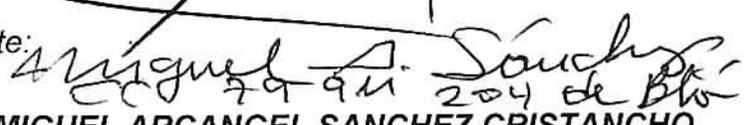
DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

LAS PARTES NO INTERPUSIERON RECURSOS.

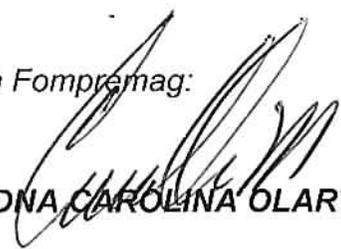
La Juez


YOLANDA VELASCO GUTIÉRREZ

Parte demandante:


DR. MIGUEL ARCANGEL SANCHEZ CRISTANCHO

Ministerio de Educación Fompremag:


DRA. EDNA CAROLINA OLARTE MARQUEZ

Secretaría de educación de Bogotá:

DRA. LINDA SORAYA VELASCO LOZANO.

Secretario Ad hoc,


JOSE CLEMENTE GAMBOA MORENO