



JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE BOGOTÁ SECCIÓN SEGUNDA

PROCESO : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN No.: 110013335012-2017-00428-00
ACCIONANTE: GUILLERMO NOVOA RAMOS
**ACCIONADOS: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES
DEL MAGISTERIO**

ACTA No. 104 -20 AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO ART. 182 LEY 1437 DE 2011

En Bogotá D.C. a las 09:00 de la mañana del día cuatro (04) de marzo de dos mil veinte (2020), la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá declaró abierta la audiencia pública en la sala 43 de la sede judicial del CAN, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

PARTE DEMANDANTE: El apoderado sustituto de la parte demandante, **Diego Alejandro Fernández Cortes**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 1.016.085.165 y T.P. No. 329.288 del Consejo Superior de la Judicatura, a quien se le reconoce personería jurídica.

PARTE DEMANDANDA: La apoderada del Ministerio de Educación-FOMAG-Fiduprevisora S.A. **Karen Eliana Rueda Agredo**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 1.018.443.763 y T.P. No. 260.125 del C.S. de la J.

PARTE VINCULADA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ: El apoderado de la Secretaría de Educación, **Jose Gabriel Calderon Garcia**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 80.854.567 y T.P. No. 216.235 del C.S. de la J., a quien se le reconoce personería jurídica.

El Despacho acepta la renuncia presentada por la doctora **Diana Carolina Prada Nova**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 1.069.583.984 y T.P. No. 249.310 del C.S. de la J.

Verificados los antecedentes de los apoderados, no aparece registrada sanción alguna.

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- en adelante CPACA-, se agotarán las siguientes Etapas:

1. Saneamiento del proceso.
2. Pruebas.
3. Alegaciones finales.
4. Decisión de fondo.

I. SANEAMIENTO DEL PROCESO

*De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del CPACA y con el fin de evitar sentencias inhibitorias, 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 como el despacho tampoco observa causales de nulidad se da por agotada esta etapa.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

II. DECRETO DE PRUEBAS

En audiencia inicial celebrada el pasado 28 de enero de 2020 se requirió a la Secretaría de Educación del Distrito para que allegara al proceso certificación de salarios de la demandante para los años 2016 y 2017.

Las pruebas solicitadas fueron aportadas a los folios 343 y 339, se corre traslado de las pruebas a las partes.

Se da por agotada la etapa probatoria.

La decisión queda notificada en estrados.

III. 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.

IV. FALLO

1. Problema Jurídico

Corresponde al Despacho determinar si a la demandante le asiste 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 Estado¹. No obstante, aunque se condenará a la Nación – Ministerio de Educación por ser el empleador de la demandante, este Despacho 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 a la mora 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 determinarla, según las normas que regulan la materia.

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.

3. Consideraciones

3.1. De las reglas sobre sanción mora de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado²

La Sentencia de Unificación proferida por el Consejo de Estado de fecha 18 de julio de 2018 estableció las siguientes reglas en relación con el reconocimiento de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales y definitivas a los docentes:

- 1. Los docentes son empleados públicos y, por ende, le son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.
- 2. Las sub-reglas fijadas en la sentencia de unificación deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de decisión, judiciales y administrativos, **NO** a aquellos en que los 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. En total, la entidad cuenta con 70 días hábiles para el reconocimiento y pago de las cesantías.

Dichos términos se aplican para los casos en donde la petición no tuvo respuesta en los 15 días siguientes a la solicitud o la misma fue extemporánea.

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

Cuando 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 de la notificación del acto o del que resuelve los recursos interpuestos en sede administrativa, así:

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
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 ³	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

² 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.

³ 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.

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, dado que como lo consideró el Consejo de Estado en la sentencia en cita:

“[N]o hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005⁴ en el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y de la Ley 1071 de 2006⁵, debe primar la jerarquía normativa en cuya virtud prevalece el mandato contenido en la Ley 1071 de 2006 en el trámite de las solicitudes de cesantías que promuevan los docentes oficiales”.

6. Salario para liquidar la sanción moratoria:

RÉGIMEN	BASE DE LIQUIDACIÓN DE MORATORIA (Asignación básica)	EXTENSIÓN EN EL TIEMPO (Varias anualidades)
Anualizado	Vigente al momento de la mora	Asignación básica de cada año
Definitivo	Vigente al retiro del servicio	Asignación básica invariable
Parciales	Vigente al momento de la mora	Asignación básica variable

Fuente: sentencia de unificación.

7. 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 advierte necesario 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”**. Lo anterior, por cuanto tal disposición vulnera el principio constitucional de igualdad, dado que existe en el régimen privado una limitación de 24 meses para la sanción moratoria por pago tardío de cesantías, que es desconocida en el régimen público, sin justificación alguna.

De acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional, si existe finalidad idéntica en las disposiciones no puede el legislador, ni siquiera invocando su libertad de configuración, desconocer un principio constitucional básico como el contenido en el artículo 13 Superior, que exige de modo perentorio que las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual.⁶

Se advierte que en el presente asunto se está ante una **omisión legislativa relativa**, que ocurre 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.**”⁷

En consecuencia, dado que la inexistencia de límite para imponer la sanción mora deviene en una manifiesta e irrazonable desproporción, se limitará la imposición de la sanción a un máximo de 24 meses, conforme lo señala el régimen laboral privado, de donde se tomó esta figura para el sector público, en aras de preservar la integridad y supremacía constitucional.

⁴ «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.»

⁵ «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.»

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-840/2000 Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

⁷ C 494 del 2016.

3.3. De los responsables de la obligación

En sentencia del 26 de agosto de 2019⁸ el Consejo de Estado consideró que la responsabilidad por la sanción moratoria debido al pago extemporáneo de las cesantías docentes, corresponde al Ministerio de Educación Nacional.

No obstante, como quiera que en tal decisión nada se dijo sobre la responsabilidad del Distrito y la Fiduprevisora, este Despacho considera indispensable tener en cuenta la siguiente normatividad, a fin de establecer la responsabilidad que le asiste a dichas entidades en el presente proceso.

La Ley 1071 de 2006, reguló el pago de cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, los términos para su cancelación y las sanciones aplicables por su incumplimiento. Los artículos 4 y 5⁹ señalaron la obligación que le asiste al empleador o la entidad encargada del reconocimiento y pago de las cesantías de responder dentro de los 15 días siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías, sean éstas parciales o definitivas; tal norma estableció que la entidad obligada debía reconocer y cancelar al beneficiario de las cesantías, con cargo a sus propios recursos, un día de salario por cada día de retardo hasta el pago efectivo de las mismas.

*Por su parte, el artículo 2 de la Ley 91 de 1989, impuso el reconocimiento de las prestaciones sociales del personal docente a cargo de la Nación y su pago al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuenta especial sin personería jurídica, administrada por una entidad fiduciaria denominada Fiduprevisora S.A. De igual manera, en dicha normatividad, se dispuso que las prestaciones sociales a cargo del **FOMAG**, serían reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que sería delegada en las entidades territoriales.*

De lo anterior, se colige lo siguiente:

- 1. Las prestaciones sociales de los docentes están a cargo de la Nación y deben ser pagadas con cargo al FOMAG.*
- 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, en el presente asunto, es el distrito - Secretaría de Educación.*
- 3. Fiduprevisora, como vocera y administradora del FOMAG, es la entidad contratada para el pago de las prestaciones sociales de los docentes.*
- 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.*

Así las cosas, como quiera que en el reconocimiento y pago de las cesantías docentes participan directamente Fiduprevisora y la Secretaría de Educación de la entidad territorial correspondiente, el Despacho además de tener como

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

9 Los artículos mencionados, señalan taxativamente 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."

demandado a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-FOMAG, consideró necesario vincular al Distrito Capital - Secretaría de Educación y a la Fiduprevisora, en condición de litisconsortes de la parte demandada, en virtud de la delegación y del contrato de fiducia, respectivamente, a efectos de determinar su responsabilidad según los trámites a su cargo.

Esta 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 Ministerio de Educación Nacional, 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, a través del cual se obligó en calidad de vocera y administradora del FOMAG, al pago de las prestaciones sociales docentes.

Al respecto, el Código Civil dispone lo siguiente:

“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.”

Ahora bien, según lo enseña el maestro Hernando Devis Echandía¹⁰, 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. En este orden de ideas, a continuación se estudiará la responsabilidad que le asiste a cada una de las entidades vinculadas.

3.3.1. Responsabilidad de la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá, por efecto de la delegación

La Secretaria de Educación del Distrito procuró exonerarse de responsabilidad alegando falta de legitimación en la causa por pasiva, por falta de competencia para el reconocimiento de la sanción mora. Señala que conforme al artículo 3 del Decreto 2831 de 2005 a ella sólo 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. Así mismo, aduce que no cuenta con presupuesto para asumir las eventuales condenas con ocasión del reconocimiento de sanciones moratorias por el pago extemporáneo de las cesantías al personal docente.

Contrario a lo señalado por la entidad, el artículo 4º de la Ley 1071 de 2006, 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 el Ministerio de Educación Nacional con sus propios recursos, o quien tenga la

¹⁰ Compendio de Derecho procesal. Biblioteca Jurídica DIKE, Decimotercera Edición 1994, p. 341

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.

En lo que atañe a la responsabilidad del Distrito, se advierte que la función de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, fue delegada en las entidades territoriales, de acuerdo a lo señalado en el artículo 9 de la Ley 91 de 1989. En desarrollo de esta disposición, el artículo 56 de la Ley 962 del 2005¹¹, radicó en cabeza de la Secretaría de Educación de la respectiva entidad territorial certificada, lo correspondiente a la elaboración del proyecto del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sociales, así como la expedición y firma de dicha resolución por parte del Secretario de Educación.

A su vez, el artículo 3 del Decreto 2831 del 2005, por medio del cual se reglamentó la Ley 962 de 2005, consagró el trámite de reconocimiento de prestaciones, delegando esta responsabilidad a las entidades territoriales, así:

“Artículo 3º. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3º 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 2º. 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”

De las normas citadas se colige que, por expresa delegación legal, compete a las Secretarías de Educación de la entidad territorial certificada: i) recibir la petición, ii) elaborar el proyecto del acto administrativo, iii) remitirlo a Fiduprevisora para su revisión, iv) elaborar el acto administrativo de respuesta conforme a los parámetros fijados por la Fiduprevisora y, finalmente, v) notificarlo al interesado.

Por expresa disposición constitucional y legal contenida en el artículo 211 de la Constitución Política¹² y 12 de la Ley 489 de 1998¹³, se debe advertir que el acto de delegación lleva implícita la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación y la misma exime de responsabilidad al delegante y corresponde exclusivamente al delegatario.

¹¹ El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 dispuso expresamente lo siguiente: 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.

¹² ARTÍCULO 211. 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).

¹³ Ley 489 de 1998 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, y teniendo en cuenta el caso en concreto, se evidencia que es obligación de la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá, responder con su propio pecunio por la sanción que generó la mora en la expedición del acto de reconocimiento de cesantías.

3.3.2. Responsabilidad de la Fiduprevisora

Fiduprevisora dio contestación a la demanda aduciendo falta de legitimación por pasiva y buena fe.

El artículo 5° de la ley 1071 de 2006, indica que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles contados a partir de la firmeza del 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.”

En efecto, comoquiera que dentro del trámite de reconocimiento y pago de las cesantías intervienen tanto la Secretaría de Educación Distrital como la Fiduprevisora, son estas entidades las encargadas del cumplimiento de los términos legales para el efecto. 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.

3.4. En relación con la indebida gestión administrativa y presupuestal

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.”

Conforme al precedente en cita, este despacho advierte que 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.

3.5. De los días a tener en cuenta por concepto de la sanción mora

En relación al conteo de los días de la sanción mora, es imprescindible aclarar que han sido calculados con base en meses **de 30 días**. Lo anterior, por cuanto aunque la legislación laboral carezca de norma expresa al respecto, por analogía con el derecho comercial, se tiene que el mes laboral consta de 30 días, razonamiento que ha sido avalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, con fecha de 4 de marzo de 1999 en el expediente No. 12.503, en los siguientes términos:

“En el campo privado el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo contempla de manera enfática que, el salario en dinero debe pagarse por períodos iguales y vencidos, en moneda legal, así si para el salario mensual se toma en cuenta el mes de 30 días, lo que multiplicado por doce (12) meses que componen a un año equivale a 360 días, es lógico, indiscutible y correcto, que la misma regla deba aplicarse para las cotizaciones”.

En igual sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 08 de mayo de 2008, radicado No 31086, Magistrado Ponente: Francisco Javier Ricaurte Gómez, afirmó que los meses en materia laboral se reputan de 30 días y los años de 360 días. Por lo expuesto, en el presente asunto la sanción mora ha sido calculada respetando el precedente jurisprudencial en esta materia.

3.6. 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.

3.8. Del caso concreto

PROCESO 2017-00428 GUILLERMO NOVOA RAMOS

3.8.1. Presupuesto para declarar la existencia de sanción moratoria

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

PETICIÓN DE CESANTÍAS	RESOLUCIÓN CESANTÍAS	NOTIFICACIÓN ACTO DE CESANTÍAS	PAGO DE CESANTÍAS	PETICIÓN DE SANCIÓN MORA	RESPUESTA PETICIÓN SANCIÓN MORA CESANTÍAS
23 de marzo de 2016 radicado No. 2016-CES-322319 (fl. 70)	7890 de 31 de octubre de 2016. \$160'692.147 M/CTE (fls. 6-8)	01 de noviembre de 2016 (fl.61)	21 de abril de 2017 (fl. 09)	20 de junio de 2017 Rad. Ante Min. Educación y FOMAG (fl. 3-4)	Sin respuesta

Se realizó solicitud de conciliación el 05 de septiembre de 2017 (fl.11).

3.8.2. 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 C.P.A.C.A, el término para el pago era de 70 días hábiles, y conforme a la regla establecida en la sentencia de unificación¹⁴ dicho término se cuenta a partir de la petición así: 15 días para proferir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, 10 días de ejecutoria y 45 días para el pago de la cesantía.

Número de días hábiles	Inicio de término	Vencimiento de término
<u>15 días para el reconocimiento</u>	28 de marzo de 2016 Día hábil posterior a la fecha de solicitud pago cesantía (Radicado No. 2016-CES-322319 de 23 de marzo de 2016 fl. 123)	18 de abril de 2016
<u>10 de ejecutoria</u>	19 de abril de 2016	02 de mayo de 2016
<u>45 para el pago</u>	03 de mayo de 2016	08 de julio de 2016

Así, se establece con claridad que los **70 días hábiles** se cumplieron el **08 de julio de 2016**.

En consecuencia, la mora se produjo **desde el 09 de julio de 2016 hasta el 20 de abril de 2017**, día anterior al pago de las cesantías, según se aprecia

¹⁴ 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.

en el certificado de pago expedido por BBVA (fl. 09), para un total de **282 días de mora.**

DÍAS DE MORA (CALENDARIO)	TOTAL DÍAS
22 días del mes de julio de 2016 30 días del mes de agosto de 2016 30 días del mes de septiembre de 2016 30 días del mes de octubre de 2016 30 días del mes de noviembre de 2016 30 días del mes de diciembre de 2016 30 días del mes de enero de 2017 30 días del mes de febrero de 2017 30 días del mes de marzo de 2017 20 días del mes de abril de 2017	282 días

Observando la sub-regla de la sentencia de unificación, al tratarse de una sanción moratoria originada por el pago tardío de 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; por tal razón, se tomará el salario básico devengado en el año 2016 (fl. 213) y 2017 (fl.156), como a continuación se ilustra:

LIQUIDACIÓN SANCIÓN MORA POR CESANTÍA PARCIAL AÑO 2016			
SALARIO 2016	SALARIO DIARIO 2016	DÍAS DE MORA	VALOR SANCIÓN MORATORIA
\$3.120.336 (fl.213)	\$ 104.011,2	172	\$ 17.889.926,4

LIQUIDACIÓN SANCIÓN MORA POR CESANTÍA PARCIAL AÑO 2017			
SALARIO 2017	SALARIO DIARIO 2017	DÍAS DE MORA	VALOR SANCIÓN MORATORIA
\$3.397.579 (fl.343)	\$ 113.252,63	110	\$ 12.457.789,6

En consideración a que los días adeudados por sanción mora (282) no superan los dos años, no hay lugar a limitar la sanción mora.

3.8.3. Seguimiento a la petición de cesantías

Dado que Secretaría de Educación Distrital y Fiduprevisora no informaron el trámite dado a la petición de cesantías de la actora, según lo ordenado en acta de fecha 17 de julio de 2019, el Despacho definirá en equidad el monto en que, con su propio pecunio, el Distrito Capital y la Fiduprevisora deberán pagarle a la Nación – Ministerio de Educación, por la condena impuesta.

Responsabilidad en la mora de las entidades vinculadas

Conforme a lo expuesto, la entidades vinculadas concurrirán en el pago de la sanción mora a favor del Ministerio de Educación, de acuerdo a lo siguiente:

VALOR TOTAL DE LA SANCIÓN	RESPONSABILIDAD SED 50 %	RESPONSABILIDAD FIDUPREVISORA S.A. 50 %
\$ 30.347.716	\$15.173.858	\$15.173.858

3.8.4. 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 **09 de julio de 2016**, la petición de reconocimiento y pago de la sanción mora fue presentada el **20 de junio de 2017 (fl 03)**, con lo que se interrumpió la prescripción, y entre esta última fecha y la presentación de la demanda (**06 de diciembre de 2017- fl.30**) no transcurrieron más de tres años, por lo anterior se tiene que no ha operado la prescripción.

3.8.5. 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 Gómez¹⁵.

Sin embargo, el Despacho se abstendrá de condenar en costas, toda vez que el pago de la sanción mora surgió con una providencia judicial. Adicionalmente, no se observó temeridad ni mala fe en el trámite del proceso, ni el mismo representó mayor grado de complejidad.

3.8.6. 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 la sanción moratoria presentada ante el Ministerio de Educación Nacional-FOMAG el 20 de junio de 2017 (fl 03), por el señor **GUILLERMO NOVOA RAMOS**, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 19.216.495.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto ficto o presunto causado con la petición de reconocimiento de la sanción moratoria presentada ante Ministerio

15 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.

de Educación Nacional-FOMAG el 20 de junio de 2017 (fl 03), por lo anteriormente expuesto.

TERCERO: CONDENAR A LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN a pagar al señor **GUILLERMO NOVOA RAMOS**, ya identificado, **282** días de sanción mora, equivalentes a **TREINTA MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS DIECISÉIS PESOS (\$ 30.347.716 M/CTE)**. De conformidad con la sentencia de unificación no hay lugar a indexación.

CUARTO: La **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO** y **LA FIDUPREVISORA S.A.** pagarán, con su propio pecunio, a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** el valor de **QUINCE MILLONES CIENTO SETENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$ 15.173.858 M/CTE)**, cada una.

QUINTO: La entidad dará cumplimiento a este fallo en los términos establecidos en los artículos 192 y 195 del CPACA.

SEXTO: EI 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.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

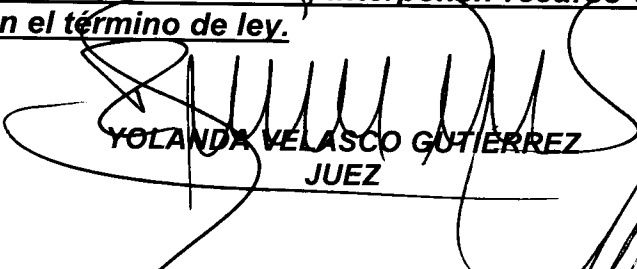
OCTAVO: DESTINAR los remanentes de los gastos del proceso a favor del Consejo Superior de la judicatura de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

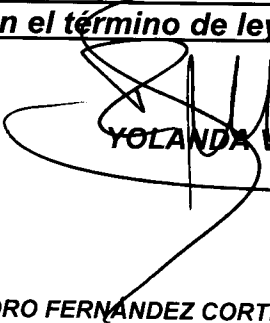
NOVENO: EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

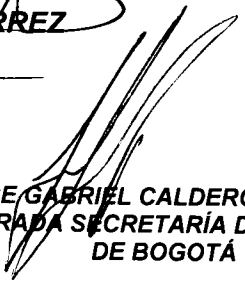
Decisión notificada en estrados.

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

Los apoderados de la Secretaría de Educación, del Ministerio de Educación y la Fiduprevisora S.A. interponen recurso de apelación que sustentaran en el término de ley.


YOLANDA VELASCO GUTIÉRREZ
JUEZ


DIEGO ALEJANDRO FERNANDEZ CORTES
APODERADO DEMANDANTE


JOSE GABRIEL CALDERON GARCIA
APODERADO SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
DE BOGOTÁ


KAREN ELIANA RUEDA AGREDO
APODERADA MINISTERIO DE EDUCACIÓN-
FOMAG FIDUPREVISORA S.A


KATHERINE MÜLLER RUEDA
SECRETARIA AD-HOC

