



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO DE ORALIDAD ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2020-00042-00**
Demandante: MARTHA PATRICIA RAMÍREZ HERNÁNDEZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **MARTHA PATRICIA RAMÍREZ HERNÁNDEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 35.474.136, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 27 de septiembre de 2019, frente a la petición elevada el 27 de junio de 2019, por medio de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la ley 1071 de 2006, por el pago tardío de una cesantía parcial.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a:

- i)** Reconocer, liquidar y pagar a favor de la actora la sanción moratoria por no haber cancelado a tiempo el valor de las cesantías asignadas en la Resolución No. 9107 del 07 de septiembre de 2018, desde el 29 de septiembre de 2018 al 20 de febrero de 2019, fecha en la que se efectuó el pago.

- ii)** Reconocer, liquidar y pagar la indexación de las sumas solicitadas en el numeral anterior, desde la fecha de pago de las cesantías y hasta la fecha de cancelación de la sanción moratoria.

- iii)** Reconocer liquidar y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, de conformidad con el artículo 192 del C.P.A.C.A.

- iv)** Dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en los artículos 189 y 192 del C.P.A.C.A.

- v)** Condenar en costas a la parte demandada conforme con lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A. y lo regulado en el C. G. del P.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones la demandante alude a los siguientes hechos:

- 1.2.1.** Que solicitó el 29 de junio de 2018, ante la entidad demandada, el reconocimiento y pago de las cesantías a que legalmente tiene derecho.

- 1.2.2.** Que mediante la Resolución No. 9107 del 07 de septiembre de 2018, se le reconoció y ordenó el pago de la prestación solicitada, la cual fue debidamente notificada y se encuentra ejecutoriada, siendo cancelada el 20 de febrero de 2019.

- 1.2.3.** Que de conformidad con los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, la entidad tiene un término legal para resolver la petición de cesantías, por lo tanto, tal como se acredita en el libelo demandatorio, el valor correspondiente se canceló de forma extemporánea, generándose así la mora.

1.2.4. Que el 27 de junio de 2019, radicó ante la entidad demandada un derecho de petición, tendiente a obtener el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria, establecida en el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006; sin embargo, en el término otorgado por la Ley para resolverlo, esta guardó silencio.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 25 y 53 Constitucionales, 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Sostiene que la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual fue creado mediante la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación y está representada por el Ministerio de Educación Nacional.

Manifiesta que las Leyes Nos. 244 de 1995 y 1071 de 2006, mediante las cuales se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableció un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, esto es, 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para efectuarse el pago al servidor después de expedido el acto administrativo de reconocimiento; sin embargo, pese a que la jurisprudencia ha establecido que en los eventos en que la administración no se pronuncie o lo haga tardíamente frente a dicha solicitud, no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso.

Agrega que la entidad demandada vulneró la Ley 1071 de 2006, toda vez que la actora solicitó el pago de sus cesantías, las cuales fueron reconocidas mediante Resolución No. 9107 del 07 de septiembre de 2018, es decir, después de los 15 días otorgados por la Ley y las mismas fueron canceladas con posterioridad a los 45 días hábiles establecidos en la norma para el efecto, incurriendo en la mora deprecada.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **15 de abril de 2021**¹, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las siguientes excepciones:

i) Cobro de lo no debido: Señaló que, en atención a los lineamientos legales y jurisprudenciales para el cálculo de la sanción moratoria, el término con el cual cuenta la entidad para el reconocimiento y pago de las cesantías corresponde a 70 días, de allí que, si el desembolso se realiza dentro de este plazo, no hay lugar a reclamación alguna de sanción moratoria. Así las cosas, adujo que no se generó retardo en el pago, por lo cual no le asiste el derecho pretendido a la parte actora.

ii) Improcedencia de la condena en costas: Manifestó que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación, no procede.

Indicó que de acuerdo con la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, los términos para el reconocimiento y pago de las cesantías para los servidores del sector público son 15 días posteriores a la solicitud de la cesantía para la expedición del acto administrativo, 5 o 10 días para su ejecutoria, dependiendo de la fecha de la petición y teniendo en cuenta la entrada en vigencia del C.P.A.C.A. y 45 días para el pago efectivo.

Afirmó que la Corte Constitucional, en Sentencia SU-336-17, estableció que los anteriores términos y las consecuencias de su incumplimiento son aplicables igualmente para el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG, razón por la cual la sanción moratoria establecida en el artículo 5° de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, es aplicable en el caso del pago tardío de cesantías a los docentes.

¹ El correo electrónico fue enviado el miércoles 14 de abril de 2021 7:19 p. m., razón por la cual se entiende presentado al día hábil siguiente.

En ese sentido, anota que en el caso en concreto no se evidencian días de mora, por cuanto i) la fecha de solicitud del reconocimiento de las cesantías fue el día **29 de junio de 2018**, ii) que se le reconoció dicha prestación por medio de la Resolución No. 9107 del **07 de septiembre de 2018**, iii) que la fecha máxima de pago 70 días fue el **11 de octubre de 2018**, y iv) que la fecha en la cual se puso a disposición el dinero fue el **28 de septiembre del mismo año**.

Por su parte, el apoderado de la actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **22 de abril de 2021**, describió el traslado de las referidas excepciones, en forma oportuna, oponiéndose a su prosperidad; y mediante memorial del **20 de agosto de 2021**, dentro del término en que se fijaron en lista las referidas excepciones por parte del Despacho, se remitió al antedicho memorial, de conformidad con el cual afirma que no puede tomarse la fecha de puesta a disposición de los dineros sino la fecha efectiva del pago.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora mediante escrito allegado el **30 de agosto de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que el reconocimiento de la sanción por moratoria por el pago tardío de las cesantías es un asunto de puro de derecho, de conformidad con la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

Manifiesta, en cuanto a la fecha de pago de la cesantía, como extremo para el cálculo de la sanción moratoria, que aun cuando en la certificación de pago expedida por la Fiduprevisora se afirma que el dinero quedó a disposición a partir del 28 de septiembre de 2018 y que se reprogramó para el 20 de febrero de 2019, su poderdante nunca tuvo conocimiento ni del giro inicial del dinero, ni de la devolución del mismo

ante la entidad fiduciaria, ni de la reprogramación puesto que: i) la entidad no le comunicó la fecha en que efectuaría el pago ni se anuncia fecha o plazo en el acto administrativo de reconocimiento; ii) la reprogramación tuvo que ser tramitada por la actora y iii) el pago de la prestación no se gira a una cuenta personal de la demandante.

Se refirió a la prescripción, y al respecto indicó que las sumas por concepto de sanción originadas deberán ordenarse pagar desde el 10 de octubre de 2018 hasta el 20 de febrero de 2019, equivalente a 128 días de sanción moratoria.

Adujo que, de conformidad con lo estipulado por el Consejo de Estado no es procedente la indexación de la sanción moratoria mientras esta se causa, sin embargo, cuando termina su causación se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste desde la fecha en que cesó la mora, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia; así mismo, una vez queda ejecutoriada la sentencia no es procedente la indexación sino que se generan intereses de conformidad con lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A. En ese sentido, solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211182205811 del 31 de agosto de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico el día 01 de septiembre del mismo año², presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, señalando que el pago de la cesantía se realizó dentro del término contemplado por la ley, razón por la cual, no se generó la sanción mora pretendida, indicando que no es viable atribuir que la reprogramación en el pago constituya mora, toda vez que la misma se realizó debido a la falta de cobro por parte de la actora.

² El correo electrónico fue enviado el martes, 31 de agosto de 2021 9:11 p. m., razón por la cual se entiende presentado al día hábil siguiente.

Precisó que de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, la indexación tiene su fundamento en el fenómeno económico derivado del proceso de la depreciación de la moneda, mientras que la sanción moratoria nace como penalidad por el pago tardío de las cesantías, concluyendo que la indexación de la sanción moratoria no es procedente de ninguna forma, al no satisfacer las características propias de la depreciación de la moneda y al tener un origen y una finalidad diferente la generación de la sanción mora por pago tardío de las cesantías, de allí que determinó la incompatibilidad de las dos figuras, toda vez que de no ser así se constituiría en una doble sanción para la administración, haciendo más gravosa la situación de la entidad.

De otra parte, reitera la imposibilidad que la entidad que representa sea condenada en costas, pues afirma que conforme al artículo 365 del Código General del proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede, máxime cuando los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente.

4.3. Agente del Ministerio Público

Se advierte que el señor Procurador Delegado ante el Despacho no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Frente a la excepción de **“cobro de lo no debido”**, este Despacho considera que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda, sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera constituye excepción de mérito que impida resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

En relación con la **“Imprudencia de condena en costas”**, cabe advertir que no constituye un medio exceptivo, sino un aspecto inherente al ejercicio de la acción.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

5.2.1. Resolución No. 9107 del 07 de septiembre de 2018, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 29 de junio de 2018 (fls. 10 a 11).

5.2.2. Notificación personal a la actora, de la Resolución No. 9107 del 07 de septiembre de 2018, llevada a cabo el 17 de septiembre de 2018 (fl. 12).

5.2.3. Certificación expedida por la Fiduprevisora S.A, donde hace constar que el pago de las cesantías parciales quedó a disposición de la demandante el 28 de septiembre de 2018 (fl. 13).

5.2.4. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2019-106488 del 27 de junio de 2019, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el que la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora (fls. 14 a 16).

5.2.5. Conciliación extrajudicial llevada a cabo en la Procuraduría 192 Judicial I para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida (fls. 17 a 18 *vltto*).

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Tal como se determinó en providencia del 26 de agosto de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar:

i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el 27 de junio de 2019, ii) si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamadas por la actora.

5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado de la parte actora deprecia la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por la demandante el 27 de junio de 2019 (fls. 14 a 16), mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 27 de junio de 2019 (fls. 14 a 16), tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

“Artículo 83. Silencio Negativo. Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

(...)”.

5.4.1. NORMATIVIDAD QUE REGULA LA MORA EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS.

Mediante la **Ley 244 del 29 de diciembre de 1995**, se estableció la sanción por el no pago de la cesantía, consistente en una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir

los daños que se causan a este último por el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía.

Así, el artículo 1° consagra que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley”*.

Por su parte, el artículo 2° dispone: *“La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías 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 éste.”

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, *“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”* estableció en su artículo 4° que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías **definitivas o parciales**, por parte de los petitionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley”*. (Negrillas del Despacho)

A su vez, el artículo 5° estableció “**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.” (Negrillas fuera del texto original)

De los artículos transcritos se deduce que si se trata del reconocimiento de cesantías **definitivas o parciales**, la entidad pública obligada al reconocimiento y pago dispone de un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de solicitud de liquidación de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.

Se observa así mismo que las normas no contemplan ninguna excepción a la aplicación de la sanción y, en tal virtud, cobijan a los servidores públicos de todos los órdenes, dentro de los que se encuentran los docentes, calidad que ostenta la demandante.

5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017³, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un

³ Corte Constitucional – Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017, M. P. Dr. Iván Humberto Escruceria Mayolo, Expedientes T-5.799.348, T-5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180.

régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.

9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989[71].

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como

consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución". (Resaltado fuera del texto original).

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia CE-SUJ-012 SU del 18 de julio de 2018, proferida dentro del proceso No 73001-23-33-000-2014-00580-01, Demandante Jorge Luis Ospina Cardona, Demandados: Nación-Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima **UNIFICÓ** los siguientes aspectos en torno al tema de la sanción moratoria: i) la categoría de servidor público de los docentes ii) la exigibilidad de la sanción por mora iii) salario de liquidación e iv) indexación de la sanción moratoria.

5.5. CASO CONCRETO.

El caso en estudio se analizará bajo los criterios de unificación referidos en la sentencia anteriormente mencionada, así:

5.5.1. Categoría de servidora pública de la actora.

Afirma la Sección Segunda del Consejo de Estado que "...los docentes 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.”

En ese sentido, señala 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...”.

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora Martha Patricia Ramírez Hernández, ostenta la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación Nacional – Situado Fiscal, IED Colegio Saludcoop Norte (fl. 10), calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de 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.

5.5.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

En la sentencia de unificación referida, se determinaron las siguientes hipótesis para establecer el momento de exigibilidad de la mora, así: Petición sin respuesta (70 días posteriores a la petición), ii) Acto escrito extemporáneo- después de 15 días- (70 días posteriores a la petición), iii) Acto escrito en tiempo, notificado personalmente (55 días posteriores a la notificación), iv) acto escrito en tiempo notificado de forma electrónica (55 días posteriores a la notificación), v) acto escrito en tiempo notificado por aviso (55 días posteriores a la notificación), vi) acto escrito en tiempo sin notificar o notificado fuera de termino (67 días posteriores a la expedición del acto, vii) acto escrito –renunció a la notificación (45 días desde la renuncia y viii) acto escrito-interpuso recurso- (45 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso).

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 9107 del 07 de septiembre de 2018 (fls. 10 a 11) la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **29 de junio de 2018**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **24 de julio de 2018**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **07 de septiembre de 2018**, es decir, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles desde el **03 de julio de 2018**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **11 de octubre de 2018**, suma que quedó a disposición de la actora desde el **28 de septiembre de la misma anualidad**, como consta en el oficio expedido por la FIDUPREVISORA S.A.

En efecto, la Fiduprevisora S.A, mediante comunicación 1010403 del 21 de junio de 2019, dirigida a la actora, certificó que el pago por concepto de cesantías fue puesto a su disposición el **28 de septiembre de 2018**, el cual no fue cobrado y se reprogramó nuevamente el 20 de febrero de 2019.

En ese sentido, se encuentra acreditado que la actora no cobró las cesantías que fueron reconocidas a su favor en la fecha en que fueron dispuestas para tal fin, dinero que fue objeto de reprogramación el 20 de febrero de 2019, de manera que la falta de diligencia en el no cobro por parte de la actora, no puede ser utilizada en contra de la Administración y, en su beneficio.

Así las cosas y como bien lo afirma la apoderada de la entidad demandada, las cesantías parciales fueron pagadas a la demandante dentro del término establecido en la ley, que corresponde a los 70 días subsiguientes a la reclamación, no siendo viable el reconocimiento de la sanción moratoria solicitada, ya que la omisión al reclamo de la

consignación realizada el día **28 de septiembre de 2018**, es atribuible únicamente a la parte demandante.

En consecuencia, no comparte el Despacho la tesis formulada por la parte demandante, consistente en que para determinar la ocurrencia o no de la mora no puede tomarse la fecha en que la cesantía se pone a disposición, sino la fecha efectiva del pago, pues de aceptarse dicha posición, la administración quedaría a merced de la voluntad del beneficiario de acudir al retiro de la prestación cuando a bien lo quiera, con el consecuente detrimento patrimonial que esto acarrearía para los intereses de la administración, amén que quien se encuentra interesado en obtener el pago de la prestación reconocida a su favor es quien debe estar pendiente de acudir y obtener el mismo,

Conforme a lo expuesto, el Despacho dará prosperidad a la excepción de “cobro de lo no debido”, propuesta por la entidad demandada y, en consecuencia, se denegarán las pretensiones de la demanda, pues la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad que se predica del acto administrativo demandado.

5.6. COSTAS

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandante en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar probada la excepción de “cobro de lo no debido”, propuesta por la entidad demandada, conforme a las razones referidas en la presente providencia.

SEGUNDO.- NEGAR las súplicas de la demanda

TERCERO.- Sin costas a cargo de la parte actora.

CUARTO.- Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora excepto los ya causados, a petición de la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ**



Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

0e25fb5df2b7dcb96ddfe9e79c593b8ff9c219f718426f93e2dd6c0ce0614c2

7

Documento generado en 27/09/2021 08:37:19 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 110013335-018-2020-00166-00
Demandante: **MAXIMILIANO GÓMEZ ALFONSO**
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Asunto: SENTENCIA

El señor **MAXIMILIANO GÓMEZ ALFONSO**, identificado con cédula de ciudadanía número 19.063.350 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- y de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

i) Pretende el demandante que declare la existencia del acto ficto presunto, configurado por el silencio de la administración, frente a las peticiones presentadas por el actor el 16 y 22 de agosto de 2019, ante el Ministerio de Educación Nacional y la Fiduprevisora S.A., toda vez que, las entidades demandadas no han contestado las peticiones.

ii) Que se declare la nulidad, de los anteriores actos fictos, que negaron el reintegro de los descuentos del 12% o cualquier otro valor, realizado en

salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, descontados de su pensión de jubilación, reconocida por medio de la Resolución No. 01921 del 3 de mayo de 2004, descuento efectuado por la Fiduciaria la Previsora S.A., obrando en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene a las entidades demandadas a:

- Reintegrar todos los descuentos de 12% o cualquier otro valor, realizados en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, de la pensión de jubilación del demandante.
- Se ordene a las entidades que a partir de la ejecutoria de la sentencia, no debe continuar efectuándose el descuento del 12% o cualquier otro valor en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre descontadas de la Pensión de Jubilación del demandante.
- Condenar a las entidades demandadas, para que sobre las diferencias adeudadas al demandante y solicitadas con la presente demanda, le paguen las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, según lo preceptuado por el artículo 187 de la ley 1437 de 2011.
- Dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en los artículos 187, 188, 189, 192 de la ley 1437 de 2011, atendiendo la sentencia C-188 del 29 de marzo de 1999, de la Corte Constitucional.
- Condenar a las partes demandadas en costas y gastos del proceso en los términos del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones el demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que el actor prestó sus servicios como docente estatal y a través de la Resolución No. 01921 del 3 de mayo de 2004, el Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció una pensión de jubilación.

1.2.2. Que en virtud de la Ley 91 de 1989, quien efectúa el Reconocimiento de la Pensión y demás prestaciones de los Docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero quien realiza el pago de las mesadas pensionales y los descuentos en salud es la Fiduciaria la Previsora S.A., obrando en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1.2.3. Que en consecuencia del hecho precedente, la Fiduciaria la Previsora S.A., obrando en calidad de administradora de los Recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, asumió el pago de mesadas y descuentos de ley, entre los que se encuentra los de salud, deducción que en la actualidad es aplicada sobre el 12% de las mesadas Pensionales y las adicionales que percibe el demandante.

1.2.4. Que al momento de realizar los mencionados pagos de las mesadas ordinarias y adicionales a la Fiduciaria la Previsora S.A. realiza un descuento del 24% sobre esta, es decir, 12% sobre la mesada normal u ordinaria y otro 12% de las mesadas adicionales por concepto de salud, realizándose catorce (14) descuentos en salud por doce (12) meses de servicios requeridos al año.

1.2.5. Que mediante peticiones presentadas por el actor el 16 y 22 de agosto de 2019 ante el Ministerio de Educación Nacional y la Fiduprevisora S.A., respectivamente, solicitó el reintegro y suspensión de los descuentos en salud efectuados sobre las mesadas adicionales.

1.2.6. Que el Ministerio de Educación Nacional a través del oficio del 2 de septiembre de 2019, bajo radicado 2019-ER-240965, remitió por competencia la anterior petición a la Fiduciaria la Previsora S.A.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado del demandante estima desconocidos los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48 inciso final, 49, 53 inciso 3 y 58 de la Constitución Política, artículo 10 del Código Civil, Ley 4 de 1966 y su Decreto Reglamentario 1743 de 1966, Ley 91 de 1989, artículo 81 Ley 812 de 2003, Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969, con violación directa del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil radicado No. 1064 del 16 de diciembre de 1997, Magistrado Ponente doctor Augusto Trejos Jaramillo y estructuró el concepto de violación de la siguiente manera:

Indica que la Fiduciaria la Previsora S.A., en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y representada por el Ministerio de Educación Nacional, abusó de su competencia discrecional al descontar el 12% dirigido a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, toda vez que la actividad pública debe acatar rigurosamente la Constitución Política y la Ley de donde resulta la responsabilidad de las autoridades cuando hay desconocimiento o pretermisión de tales exigencias.

Afirmó que la actividad pública debe acatar rigurosamente la Constitución Política y la Ley, donde resulta la responsabilidad de las autoridades cuando hay desconocimiento o pretermisión de tales normativas.

Señala que el artículo 4 de la Constitución Nacional, prescribe que ante la incompatibilidad entre una disposición Constitucional y una Legal, se preferirá la Constitucional.

Indicó que la Ley 812 de 2003, estableció que el régimen prestacional de los docentes que se encontraban vinculados era el establecido para el Magisterio en las disposiciones contempladas con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha Ley y a partir de ésta, tendrían los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Señaló que pese a que es evidente la prohibición existente para que se efectúe el descuento de la mesada adicional del mes de diciembre, la Fiduprevisora efectúa los mismos, con fundamento en la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Finalmente, el apoderado de la parte demandante citó jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de la Corte Constitucional y el Concepto No. 1064 del 16 de diciembre de 1997, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, para concluir que no existe ninguna norma que faculte a la Fiduciaria la Previsora S.A., a realizar descuentos en salud sobre la mesada adicional de diciembre del demandante, por lo tanto su actuar contraviene flagrantemente la constitución y la Ley.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de las entidades demandadas mediante escrito del **14 de abril de 2021**, allegado vía correo electrónico el mismo día, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las excepciones de:

i) Falta de legitimación por pasiva de la Fiduprevisora S.A., en la que señaló que el Ministerio de Educación Nacional celebró el contrato de fiducia mercantil de administración y pago del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ordenado por la ley 91 de 1989, con la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., mediante la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 del círculo de Bogotá, razón por la cual la Fiduprevisora actúa como vocera y administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sostuvo que la Fiduciaria la Previsora es una entidad encargada de administrar los recursos que tienen doble connotación, es decir, tiene ingresos económicos tanto privados como públicos.

Manifestó que las entidades fiduciarias no responden por las obligaciones de los patrimonios autónomos que administran y que no tienen responsabilidad en la expedición de las resoluciones y mandatos de reconocimiento de las prestaciones a las que tiene derecho los docentes.

Reiteró que la Fiduprevisora es vocera y administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues los recursos provienen de este y su disponibilidad depende y se condiciona a la instrucción del Fideicomitente, en este caso el Ministerio de Educación Nacional, por lo cual solicita su desvinculación.

ii) Legalidad del acto administrativo e inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica, indicando que los descuentos para los aportes al régimen contributivo de salud, tienen su respaldo jurídico en el numeral 5° del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, donde se consagró el deber del fondo de deducir el 5% de las mesadas, incluidas las adicionales.

Precisó que el artículo 81 de la ley 812 de 2003, estableció que la tasa de cotización para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la señalada en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, normas que establecen que el aporte del pensionado es el 12% sobre el valor de la mesada, aspecto sobre el cual la Corte Constitucional se pronunció mediante la sentencia C-369, declarándola exequible.

Reiteró que todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio les fue incrementado el monto de cotización al sistema de salud sobre la mesada pensional, del inicialmente contemplado en la Ley 91 de 1989, en un 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, posteriormente con las modificaciones introducidas por la Ley 1122 de 2007, en 12.5%, y finalmente, en virtud de la Ley 1250 de 2008, en el 12%, por lo cual, en lo que referente al porcentaje de cotización, los pensionados afiliados al FOMAG, se rigen por lo establecido en la Ley 100 de 1993, sin embargo,

esto no quiere decir que se altere su régimen prestacional, ya que por pertenecer a un régimen especial, se encuentran exceptuados del general.

Sostuvo que la Ley 91 de 1989, es una disposición especial que rige a todos los docentes afiliados al FOMAG y que hace parte de un ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo cual es viable realizar los descuentos sobre las mesadas adicionales.

Por último, señaló que las disposiciones del sistema general sobre las mesadas adicionales no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas, no obstante, la Ley 91 de 1989, si lo permite de manera expresa en el numeral 5 del artículo 8, por lo cual no es viable acceder a las pretensiones propuestas por el demandante, toda vez que carecen de fundamento normativo.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **27 de agosto de 2021**, reiteró los argumentos expuestos en el libelo demandatorio y a su vez señaló que se debe ordenar a las entidades demandadas el reintegro de todos los descuentos del 12% realizados en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como abstenerse de practicar dichos descuentos en lo sucesivo.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el No. **20211182205981 del 31 de agosto de 2021**, allegado vía correo electrónico el mismo día, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, señalando que no es viable acceder a las pretensiones, toda vez que el descuento del 12%, cuya suspensión y reintegro se demanda sobre las mesadas adicionales de la pensión de la parte actora, se encuentra ajustado a la ley, pues existe

norma expres; además, la prestación se encuentra condicionada a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; el último de los cuales solo se materializa si se garantiza la sostenibilidad financiera del sistema a efectos de que no solo los que consolidan su derecho pensional lo disfruten, sino también los actuales y futuros cotizantes.

4.3. Ministerio Público

Se advierte que el señor Procurador Delegado ante el Despacho no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Respecto a la excepción de **falta de legitimación por pasiva de la Fiduprevisora S.A.**, se advierte, como primer aspecto, que la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, en cuyo artículo 9 se estableció que las prestaciones sociales del Magisterio serán reconocidas por la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, cuyos recursos son administrados por la Fiduciaria la Previsora S.A.

En ese sentido, para el cumplimiento de las funciones de reconocimiento, pago y descuentos en salud de las mesadas adicionales de prestaciones asignadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se confirieron a la Fiduprevisora facultades eminentemente administrativas para efectuar los descuentos de dichas prestaciones socio- económicas; no obstante, las aludidas prestaciones están a cargo de la Nación y son pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como cuenta especial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, siendo este Ministerio el llamado a responder frente a las pretensiones del demandante y no la Fiduciaria la Previsora S.A, razón suficiente para dar prosperidad a la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por la apoderada

de la Fiduprevisora S.A.

De otra parte, frente a las excepciones de **legalidad del acto administrativo e inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica**, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera constituyen excepciones de mérito alguna que impidan resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

5.2.1. Resolución No. 1921 del 3 de mayo de 2004, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al demandante, a partir del 5 de septiembre de 2003.

5.2.2. Resolución No. 13194 del 3 de octubre de 2013, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio retiró del servicio por cumplir la edad de retiro forzoso al actor.

5.2.3. Petición elevada por el demandante ante el Ministerio de Educación el 16 de agosto de 2019, a través de la cual solicitó el reintegro y suspensión de los descuentos por salud efectuados en sus mesadas adicionales de junio y diciembre.

5.2.4. Petición elevada por el demandante ante la Fiduciaria la Previsora S.A. el 22 de agosto de 2019, bajo radicado 20190322883462 a través de la cual solicitó el reintegro y suspensión de los descuentos por salud efectuados en sus mesadas adicionales de junio y diciembre.

5.2.5. Extracto contentivo de los pagos de pensión y descuentos en salud realizados al actor, por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1999 y el 30 de septiembre de 2019, en el cual consta que efectivamente se le han realizado el descuento para salud en las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre.

5.2.6. Copia de la cédula de ciudadanía del demandante.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Tal como se determinó en providencia del 26 de agosto de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en establecer: **i)** Si se configuró el silencio administrativo negativo, frente a la petición presentada por el actor el 16 de agosto de 2019, ante el Ministerio de Educación Nacional, **ii)** Si las mesadas pensionales reconocidas a favor del demandante en calidad de pensionado del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de junio y diciembre (respectivamente), son susceptibles de descuentos de aporte al régimen contributivo de seguridad social en salud, **iii)** Si procede o no la devolución de los mismos y **iv)** si se debe ordenar la suspensión de tales descuentos a partir de la ejecutoria de la sentencia.

5.3.1. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

El apoderado de la parte actora depreca la existencia y nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la Administración frente al derecho de petición radicado por el demandante el 16 de agosto de 2019, ante el Ministerio de Educación Nacional, mediante el cual solicitó a la entidad demandada la devolución y suspensión de los descuentos de las mesadas adicionales de junio y diciembre que le fueron reconocidas.

Sobre el particular, es evidente que, en el caso del demandante, se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la citada entidad haya resuelto la petición descrita anteriormente, tal

como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

“Artículo 83. Silencio Negativo. *Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.*”

5.3.2 MARCO NORMATIVO QUE REGULA EL RÉGIMEN DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE LAS MESADAS PENSIONALES.

Los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales fueron contemplados tanto en el régimen general de pensiones, inicialmente en un 5% de la mesada pensional (ley 4ª. de 1966, artículo 37 del decreto 3135 de 1968 y artículo 90 del Decreto 1848 de 1969), como en el régimen especial de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (numeral 5º del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, “*por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, con una diferencia entre ellos, pues en el primero, no se alude a las mesadas adicionales, en tanto que en el segundo se señala expresamente que en dicha cotización quedan incluidas las mesadas adicionales.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el monto de cotización en salud, quedó consagrado en el artículo 204 *íbidem*, en un **máximo del 12 % del salario base de cotización**”.

Respecto a la cotización al régimen prestacional en salud de los docentes oficiales, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 “*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*” dispuso que **“El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003”**, de donde se colige que la tasa de cotización en salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no es otra que la prevista en el artículo 204 de la ley 100 de 1993, esto es, el 12%, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008.

Conforme al marco normativo expuesto, es claro que en la actualidad el monto de cotización al régimen contributivo en salud **se encuentra unificado** tanto para los pensionados cobijados por el régimen general de pensiones como para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en una tasa del 12%, del salario base de cotización, es decir, un 7% más de lo que venían cotizando bajo el régimen de la ley 91 de 1989.

5.3.2.1. MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE

La mesada adicional del mes de diciembre fue consagrada por primera vez en el artículo 5° de la Ley 4 de 1976 *“por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”*, así: *“Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho **recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.....”***.

Posteriormente, el artículo 50 de la ley 100 de 1993, reiteró el derecho de los pensionados *por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia a continuar **recibiendo** cada año, junto con la mesada del mes de noviembre, en la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión”*.

Por su parte, la mesada adicional del mes de junio, se encuentra establecida tanto en el régimen general de pensiones (artículo 142 de la Ley 100 de 1993), como en el régimen especial de los docentes oficiales (artículo 15°, numeral 2° literal b), de la Ley 91 de 1989).

5.3.2.2. DE LA PROCEDENCIA DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE DE LAS MESADAS PENSIONALES ADICIONALES DEL PERSONAL DOCENTE. UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL.

En primer lugar, se advierte que frente a las controversias orientadas a la devolución de los descuentos en salud efectuados en las mesadas adicionales de junio y diciembre del personal docente, como la que ahora ocupa la atención del Despacho, no había una posición unificada y, en ese sentido, esta juzgadora era de la tesis de que el régimen de cotización en salud para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quedó cobijado por el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, en el entendido que si para éste último se aplicaba la prohibición de realizar descuentos en salud sobre las mesadas mencionadas, dicha prohibición igualmente regía a los Docentes, bien por considerarse que había operado la derogatoria tácita del artículo 8° numeral 5° de la ley 91 de 1989, como lo venía sosteniendo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, entre otras, en providencia del 31 de enero de 2013 (expediente 2011-00381-01 M.P. Carmelo Perdomo Cueter) o bien, en aplicación del principio constitucional de igualdad, consagrado en el artículo 13 de nuestra Carta Política.

Ahora bien, el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda- en **Sentencia de Unificación del 3 de junio de 2021**, proferida dentro del Expediente No. 66001-33-33-000-2015-00309-01, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez¹, determinó la procedencia de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales pagadas a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los siguientes términos:

“(…)

44. Ahora, es cierto que el artículo 81 no hizo mención expresa al aumento para la tasa de cotización en salud de los docentes pensionados, sin embargo, esto no implica que aquellos estuvieran exentos del ámbito de la norma. En lo relativo a este punto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-369 de 2004, al estudiar la demanda de inexequibilidad del inciso 42 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003,

¹ Demandante: JOSÉ JULIÁN GUEVARA PARRA, Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

² El tenor literal de la disposición demandada es el siguiente: «El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para

analizó el contenido y alcance del aumento en la cotización que esta ley implicó para dicho personal, y concluyó que es razonable entender que ellos están incluidos, por lo que de ahí en adelante deben cancelar la totalidad del aporte previsto por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Particularmente, expuso, en primer lugar, que la norma no estableció excepción alguna al disponer el incremento, y, en segundo lugar, que dentro de los afiliados al FOMAG se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, por lo tanto, también son destinatarios de la disposición en mención.

(...)

50. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el artículo 81 de la Ley 812 no introdujo modificación a los demás aspectos distintos del valor de la deducción del artículo 8 de esta última, particularmente, en cuanto prevé que los pensionados deben aportar un porcentaje de cada mesada pensional incluidas las mesadas adicionales, en consecuencia, este se mantiene.

*51. De lo anteriormente expuesto, se observa que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 aumentó el porcentaje de la cotización a salud del personal pensionado que se encontrara afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, del 5% al 12% mensual, pero no modificó la obligación de efectuarlas sobre cada una de las mesadas pensionales, **incluso de las mesadas adicionales, según lo ordenado por el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por lo tanto, dicha obligación subsiste.***

(...)

*53. **En conclusión: Son procedentes los descuentos de aportes a salud del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993** de cada una de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso de las mesadas adicionales que reciban, por disposición de la Ley 812 en cuanto así lo prevé y que remite al art. 204 de la Ley 100 de 1993”.*

(...)

54. Hasta este punto queda verificado que los docentes pensionados están en la obligación de aportar un 12% de sus mesadas pensionales y que, al tratarse de una regla derivada de los artículos 8 de la Ley 91 de 1989 y 81 de la Ley 812 de 2003, la obligación de aportes, cualquier excepción debe estar taxativamente señalada por la ley....”.

Y más adelante, agregó:

“1.2.1. De la excepción del artículo 5 de la Ley 43 de 1984.

salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones».

55. Uno de los planteamientos que sustentan la improcedencia de los descuentos a salud de las mesadas adicionales se funda en el artículo **5 de la Ley 43 de 1984**. Con el fin de analizarlo, conviene señalar que el **artículo 7 de la Ley 42 del 14 de diciembre de 1982 proscribió los descuentos de la mesada adicional del mes de diciembre para las Organizaciones Gremiales y para las Entidades encargadas del pago de pensiones**, así: «La mensualidad adicional de que trata el artículo 5.º de la Ley 4.ª de 1976 no será objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones».

(...)

59. Sin embargo, ante la obligación legal que ordena los descuentos por aportes a salud de las mesadas adicionales, contenida en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, se concluye que ni el artículo 5 de la Ley 43 de 1984 ni el artículo 7 de la Ley 42 de 1982 regulan la materia para los docentes pensionados afiliados al FOMAG.

60. Ahora, debe tenerse en cuenta que el inciso 6 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, es la norma específica para el sector docente y aquella dispuso que sí se deben efectuar los descuentos de las mesadas adicionales, además, es posterior a la Ley 43 de 1984, con lo cual, **esta última no es la que rige para el personal afiliado al FOMAG.**

61. En ese orden, la aplicación del artículo 7 de la Ley 42 del 14 de diciembre de 1982 **no puede sustentar el entendimiento según el cual los afiliados al FOMAG están eximidos de la cotización de salud de sus mesadas pensionales adicionales.**

(...)" (Negrillas y subrayas del Despacho).

Posteriormente, señaló:

"(...)

1.2.2. Alcance del artículo 1 del Decreto 1073 de 2002

(...)

64. En desarrollo de lo anterior, el Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002 prescribió:

«Artículo 1º. Descuentos de mesadas pensionales. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

(...)

Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.»

65. En primer lugar, se observa que los descuentos de las mesadas adicionales de que trata la norma son aquellos destinados a los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, fondos de empleados y de las cooperativas, así como de las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, **mas no están referidos a las cotizaciones a salud.**
(...)

68. Así las cosas, es necesario precisar que el Decreto 1073 de 2002 hace parte del marco normativo de los descuentos de las mesadas de los pensionados con destino a las asociaciones gremiales, fondos de empleados y de las cooperativas, y es a estos a los que se refiere la norma cuando señala «Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto», **con lo cual no debe extenderse a las cotizaciones de las mesadas adicionales del personal de docentes pensionados afiliados al FOMAG, pues en todo caso, dichos descuentos sí están autorizados por la ley, particularmente, por la Ley 91 de 1989 en el artículo 8, como ya se definió.** (Negrillas fuera del texto original).

(...)”.

Luego, indicó:

“1.2.3. La condición de afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de los docentes pensionados

“(…)”

70. Otro de los argumentos que se exponen para afirmar que son improcedentes los descuentos a salud de las mesadas pensionales adicionales, está basado en que los docentes pensionados ya no pueden considerarse como afiliados al FOMAG, ante la inexistencia de una relación legal y reglamentaria en virtud de la cual ejerzan la función docente.

(...)

72. Para el asunto bajo estudio, únicamente pueden ser acreedores de las prestaciones y servicios a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio aquellos servidores que se encuentran afiliados y hacen los aportes que les corresponde. En consecuencia, quienes reciben prestaciones tales como una pensión de jubilación a cargo de

aqueel, según la Ley 91 de 1989, así como los servicios médico-asistenciales, son sus afiliados (...)

73. Así las cosas, **no cabe duda de que quienes reciben prestaciones y servicios de dicho Fondo aún se encuentran inscritos a él y reciben dichos beneficios. Por ello, es plausible concluir que están afiliados al FOMAG aquellos docentes que gozan de las prestaciones que dicha entidad les concede por ministerio de la ley, sin que puedan excluirse de este grupo de servidores aquellos que no tienen vigente una relación legal y reglamentaria para el ejercicio de la función docente.**

(...) De la norma transcrita se deduce que, para el Legislador, los docentes pensionados tienen la condición de afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

75. En consecuencia, el argumento según el cual los docentes pensionados perdieron la condición de afiliados al FOMAG no es de recibo.

(...)” (Negrillas del Despacho).

Así mismo, refirió:

“1.2.4. De efectuarse el descuento de la cotización a salud a las mesadas pensionales adicionales se estaría realizando en un 24% en el respectivo mes, cuando solamente está autorizado un 12%.

76. En relación con el razonamiento según el cual el aporte de la mesada adicional conlleva un 24%, es necesario precisar que de cada una de las mesadas que reciben se efectúa el descuento del 12%, es decir, 12% de la mesada que periódicamente se viene recibiendo y otro 12% de la mesada adicional. Por ende, para afirmar que el descuento corresponde a un 24%, sería necesario demostrar que se efectuó sobre una misma mesada de las que se devenga periódicamente, pero no se entiende de esta forma cuando de cada una de las mesadas, se realiza la referida deducción, así sean pagadas en un mismo periodo.

(...)

Una simple operación aritmética permite deducir que, en la situación bajo examen, se hace una deducción del 12% del 100% de lo que se recibe cada mes. Entonces, cuando se recibe una mesada adicional, en junio y diciembre, también se hace un descuento del 12% del total que se recibe. Si bien en términos numéricos el valor del aporte equivale al doble del que corresponde para una mensualidad ordinaria, no puede entenderse que aquella se aumenta en 24%, dado que recibe un valor adicional. En efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 prevé que el aporte se obtiene de la «respectiva mesada», es decir, de la mesada ordinaria más la adicional. En otros términos, el descuento del 12% se efectúa sobre el total de lo recibido en el correspondiente mes, lo que es igual al 12% de cada una de las mesadas.”

En ese sentido, anotó:

“ (...)

*Finalmente, la parte demandante afirmó que, de efectuarse tal deducción la cotización equivaldría al 24% de la mesada, cuando lo procedente es el 12% mensual. **Este argumento tampoco tiene vocación de prosperidad**, si se tiene en cuenta que en los meses en los que el beneficiario de la prestación recibe dos mesadas, el aporte del 12% lo hace sobre el total de lo devengado en ese mes, lo que equivale al descuento del mismo porcentaje de cada una de las mesadas que recibe”.*

“(...)

Finalmente, concluyó:

“2. REGLA DE UNIFICACIÓN

86. Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.

(...)” (subrayas del Despacho).

Por último, lo concerniente a los efectos de dicha sentencia, indicó:

“(...)

*88. Además, es importante destacar que la decisión que se adopta en esta sentencia de unificación se acompasa con los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema pensional y de salud, en consideración a que los recursos que provienen de los aportes que efectúan los docentes de sus mesadas pensionales, cuya destinación está dada por la ley, redundan en su beneficio, por ende, tienen una finalidad de interés general inspirada en dichos principios. **En consecuencia, los efectos retrospectivos de esta providencia resultan acordes con dicho objetivo.***

*89...la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija **se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial**, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables”* (Negrilla fuera del texto original).

Bajo el anterior criterio Jurisprudencial, es claro que son procedentes los descuentos con destino a salud, incluso en las mesadas adicionales de junio y diciembre reconocidas a los docentes, pues dichos descuentos si están autorizados por el artículo 8° de la ley 91 de 1989, que les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, porcentaje que fue incrementado al 12%, de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el demandante pretende que se ordene al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reintegro de los descuentos efectuados por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales de **junio** y **diciembre**, así como la suspensión de los mismos.

En ese sentido, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció la pensión de jubilación al señor Maximiliano Gómez Alfonso, según consta en la Resolución No. 1921 del 3 de mayo de 2004.

Así mismo, se acredita que el actor elevó reclamación administrativa ante el Ministerio de Educación Nacional, con el propósito de que se le realizara la devolución y suspensión del valor descontado por salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre, solicitud que fue denegada a través del acto administrativo demandado en la presente controversia.

Igualmente, se acompañaron al proceso los comprobantes de pago de pensión y descuentos en salud realizados al demandante por el periodo comprendido entre el 31 de enero de 2009 y el 30 de septiembre de 2019, donde consta que efectivamente se le han efectuado los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de los meses en mención.

No obstante, conforme al criterio jurisprudencial reseñado, el cual acoge esta juzgadora en su integridad, es claro que los descuentos con destino al

régimen contributivo en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, se encuentran ajustados a la ley, razón suficiente para denegar las pretensiones de la demanda.

5.3. COSTAS.

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte actora en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar probada la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA*”, propuesta por la apoderada de la Fiduciaria la Previsora S.A., de conformidad con las razones expuestas en la presente sentencia.

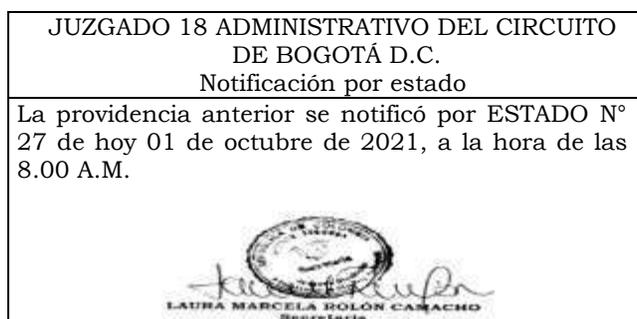
SEGUNDO: NEGAR las súplicas de la demanda conforme a las razones referidas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Sin costas a cargo de la parte actora.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso al actor, excepto los ya causados, a petición del mismo.

Notifíquese y cúmplase

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ



Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena
validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto
reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**3534d422705a3432621ce9d957a4ff265063909d1501cd9234b9ea360
b2428f9**

Juzgado Dieciocho (18) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá
Expediente No. 2020-00166

Documento generado en 28/09/2021 11:31:00 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 110013335-018-2020-00275-00
Demandante: **MARTHA ESPERANZA CASTILLO RODRÍGUEZ**
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Asunto: SENTENCIA

La señora **MARTHA ESPERANZA CASTILLO RODRÍGUEZ**, identificada con cédula de ciudadanía número 51.586.746 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- y la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

i) Pretende la demandante que se declare la nulidad del oficio No. 2019-158894 del 30 de agosto de 2019, por medio del cual la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó la suspensión y reintegro de los descuentos en salud efectuados en sus mesadas adicionales.

ii) Que se declare la nulidad del acto ficto presunto negativo originado por el silencio de la Fiduprevisora, por cuanto no se pronunció sobre la petición

del 28 de agosto de 2019, bajo radicado No. 20190322974992, por medio de la cual se solicitó el reintegro y suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a las entidades demandadas a lo siguiente:

- Reintegrar los valores descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada año, desde que se causó la pensión y hasta que se profiera la sentencia.
- Suspender los descuentos por seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de cada año, que se causen a partir de la sentencia.
- Reconocer y pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto del reintegro solicitado en los descuentos para salud, referidos en los numerales anteriores, aplicando lo certificado por el DANE desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo el pago, conforme con lo establecido en los artículos 187 y 192 del C.P.A.C.A.
- Que se condene en costas a las entidades demandadas de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones la demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que mediante Resolución No. 2346 del 2 de mayo del 2016, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá en representación del Ministerio de Educación Nacional y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la actora.

1.2.2. Que desde el primer pago de las mesadas pensionales de jubilación a la demandante se le vienen efectuando descuentos para EPS (Salud), sobre las mesadas adicionales, sin existir una norma vigente que así lo ordene, tanto en las leyes que rigen la seguridad social, como en el régimen especial que gobierna las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

1.2.3. Que mediante derecho de petición del 27 de agosto de 2019, bajo radicado No. E-2019-137921, solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad

1.2.4. Que a través de oficio del 30 de agosto de 2019, bajo radicado 5-2019-158894, la Secretaria De Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó el reintegro y la suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de cada anualidad, y remitió por competencia la petición a la Fiduprevisora S.A.

1.2.5. Que por medio de petición del 28 de agosto 2020 bajo radicado No. 2019032974992, solicitó ante la Fiduciaria la Previsora S.A, el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

1.2.6. Que la Fiduprevisora S.A., a la fecha no se pronunció respecto del reintegro y suspensión de los descuentos realizados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales devengadas, configurándose así el silencio administrativo negativo.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la demandante estima desconocidos los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política, las Leyes 100 de 1993, 812 de 2003 y el Decreto 1073 de 2002.

Estima que la Ley 812 de 2003, derogó tácitamente los descuentos para salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre al remitir la cotización de los docentes oficiales a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, normativa que no contempla los mismos, razón por la cual la entidad demandada está realizando un doble descuento que no se encuentra autorizado por la ley, quebrantando los mandatos constitucionales.

Afirmó que el Decreto 1073 de 2002, establece una clara prohibición de hacer descuentos en las mesadas adicionales, señalando que los mismos se deben efectuar sólo sobre las 12 mesadas ordinarias, exceptuando de manera expresa de esos descuentos a las mesadas adicionales.

Sostiene que en los Conceptos Nos. 10846 del 20 de agosto de 2004 y 8004-1-160365 del 31 de diciembre de 2005, expedidos por el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud – *respectivamente*, se ratifica que sobre las mesadas pensionales es procedente el descuento para el aporte a salud; sin embargo, este no puede recaer en las adicionales.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de las entidades demandadas mediante escrito del **17 de marzo de 2021**, allegado vía correo electrónico el mismo día, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las excepciones de:

i) Falta de legitimación por pasiva de la Fiduprevisora S.A., en la que señaló que el Ministerio de Educación Nacional celebró el contrato de fiducia mercantil de administración y pago del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ordenado por la ley 91 de 1989, con la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., mediante la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 del círculo de Bogotá, razón por la cual la Fiduprevisora actúa como vocera y administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sostuvo que la Fiduciaria la Previsora es una entidad encargada de administrar los recursos que tienen doble connotación, es decir, tiene ingresos económicos tanto privados como públicos.

Manifestó que las entidades fiduciarias no responden por las obligaciones de los patrimonios autónomos que administran y que no tienen responsabilidad en la expedición de las resoluciones y mandatos de reconocimiento de las prestaciones a las que tiene derecho los docentes.

Reiteró que la Fiduprevisora es vocera y administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues los recursos provienen de este y su disponibilidad depende y se condiciona a la instrucción del Fideicomitente, en este caso el Ministerio de Educación Nacional, por lo cual solicita su desvinculación.

ii) Legalidad del acto administrativo e inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica, indicando que los descuentos para los aportes al régimen contributivo de salud, tienen su respaldo jurídico en el numeral 5° del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, donde se consagró el deber del fondo de deducir el 5% de las mesadas, incluidas las adicionales.

Precisó que el artículo 81 de la ley 812 de 2003, estableció que la tasa de cotización para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la señalada en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, normas que establecen que el aporte del pensionado es el 12% sobre el valor de la mesada, aspecto sobre el cual la Corte Constitucional se pronunció mediante la sentencia C-369, declarándola exequible.

Reiteró que todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio les fue incrementado el monto de cotización al sistema de salud sobre la mesada pensional, del inicialmente contemplado en la Ley 91 de 1989, se aumentó en un 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, posteriormente con las modificaciones introducidas por la Ley 1122

de 2007, en 12.5%, y finalmente, en virtud de la Ley 1250 de 2008, en el 12%, por lo cual, en lo que referente al porcentaje de cotización, los pensionados afiliados al FOMAG, se rigen por lo establecido en la Ley 100 de 1993, sin embargo, esto no quiere decir que se altere su régimen prestacional, ya que por pertenecer a un régimen especial, se encuentran exceptuados del general.

Sostuvo que la Ley 91 de 1989, es una disposición especial que rige a todos los docentes afiliados al FOMAG y que hace parte de un ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo cual es viable realizar los descuentos sobre las mesadas adicionales.

Por último, señaló que las disposiciones del sistema general sobre las mesadas adicionales no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas, no obstante, la Ley 91 de 1989, si lo permite de manera expresa en el numeral 5 del artículo 8, por lo cual no es viable acceder a las pretensiones propuestas por la demandante, toda vez que carecen de fundamento normativo.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **31 de agosto de 2021**, reiteró los argumentos expuestos en el libelo demandatorio y a su vez señaló que se debe ordenar a la entidad demandada el reintegro de todos los descuentos del 12% realizados en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como abstenerse de practicar dichos descuentos en lo sucesivo.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el No. **20211182220201 del 1 de septiembre de 2021**, allegado vía correo

electrónico el mismo día, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, señalando que no es viable acceder a las pretensiones, toda vez que el descuento del 12%, cuya suspensión y reintegro se demanda sobre las mesadas adicionales de la pensión de la parte actora, se encuentra ajustado a la ley, pues existe norma expresa, además, la prestación se encuentra condicionada a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, el último de los cuales solo se materializa si se garantiza la sostenibilidad financiera del sistema a efectos de que no solo los que consolidan su derecho pensional lo disfruten, sino también los actuales y futuros cotizantes.

4.3. Ministerio Público

Se advierte que el señor Procurador Delegado ante el Despacho no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Respecto a la excepción de **falta de legitimación por pasiva de la Fiduprevisora S.A.**, se advierte que la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica en cuyo artículo 9º se estableció que las prestaciones sociales del Magisterio serán reconocidas por la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, cuyos recursos son administrados por la Fiduciaria la Previsora S.A.

En ese sentido, para el cumplimiento de las funciones de reconocimiento, pago y descuentos en salud de las mesadas adicionales de prestaciones asignadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se confirieron a la Fiduprevisora facultades eminentemente administrativas para efectuar los descuentos de dichas prestaciones socio- económicas, no obstante, las aludidas prestaciones están a cargo de la Nación y son pagadas

por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como cuenta especial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, siendo este Ministerio el llamado a responder frente a las pretensiones de la demandante y no la Fiduciaria la Previsora S.A, razón suficiente para dar prosperidad a la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por la apodera de la Fiduprevisora.

Frente a las excepciones de **legalidad del acto administrativo e inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica**, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera constituyen excepciones de mérito alguna que impidan resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

5.2.1. Resolución No. 2346 del 2 de mayo de 2016, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante, a partir del 4 de noviembre de 2015.

5.2.2. Petición elevada por la demandante ante el Ministerio de Educación el 27 de agosto de 2019, a través de la cual solicitó el reintegro y suspensión de los descuentos por salud efectuados en sus mesadas adicionales de junio y diciembre.

5.2.3. Oficio No. S-2019-158894 del 30 de agosto de 2019, mediante el cual la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó lo solicitado anteriormente y le informó a la demandante que dicha entidad efectúa el reconocimiento de las

prestaciones sociales de los docentes, más no el pago de las mismas y menos los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, por ende, enviará a la Fiduciaria la Previsora S. A. la solicitud elevada, con el objeto de que se pronuncie sobre la misma.

5.2.4. Petición elevada por la demandante ante la Fiduciaria la Previsora S.A. el 28 de agosto de 2019, bajo radicado 20190322974992, a través de la cual solicitó el reintegro y suspensión de los descuentos por salud efectuados en sus mesadas adicionales de junio y diciembre.

5.2.5. Extracto contentivo de los pagos de pensión y descuentos en salud realizados a la actora, por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2016 y el 1 de octubre de 2019, en el cual consta que efectivamente se le han realizado el descuento para salud en la mesada adicional del mes de diciembre.

5.2.6. Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Tal como se determinó en providencia del 26 de agosto de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: **i)** Si las mesadas pensionales reconocidas a favor de la demandante en calidad de pensionada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de junio y diciembre (respectivamente), son susceptibles de descuentos de aporte al régimen contributivo de seguridad social en salud, **ii)** Si procede o no la devolución de los mismos y si se debe ordenar la suspensión de tales descuentos a partir de la ejecutoria de la sentencia.

5.3.2 MARCO NORMATIVO QUE REGULA EL RÉGIMEN DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE LAS MESADAS PENSIONALES.

Los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales fueron contemplados tanto en el régimen general de pensiones, inicialmente en un 5% de la mesada pensional (ley 4ª. de 1966, artículo 37 del decreto 3135 de

1968 y artículo 90 del Decreto 1848 de 1969), como en el régimen especial de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (numeral 5° del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, “*por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, con una diferencia entre ellos, pues en el primero, no se alude a las mesadas adicionales, en tanto que en el segundo se señala expresamente que en dicha cotización quedan incluidas las mesadas adicionales.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el monto de cotización en salud, quedó consagrado en el artículo 204 *íbidem*, en un **máximo del 12 % del salario base de cotización**”.

Respecto a la cotización al régimen prestacional en salud de los docentes oficiales, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 “*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*” dispuso que “**El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003**”, de donde se colige que la tasa de cotización en salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no es otra que la prevista en el artículo 204 de la ley 100 de 1993, esto es, el 12%, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008.

Conforme al marco normativo expuesto, es claro que en la actualidad el monto de cotización al régimen contributivo en salud **se encuentra unificado** tanto para los pensionados cobijados por el régimen general de pensiones como para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en una tasa del 12%, del salario base de cotización, es decir, un 7% más de lo que venían cotizando bajo el régimen de la ley 91 de 1989.

5.3.2.1. MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE

La mesada adicional del mes de diciembre fue consagrada por primera vez en el artículo 5° de la Ley 4 de 1976 “*por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones*”, así: “*Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho **recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.....***”.

Posteriormente, el artículo 50 de la ley 100 de 1993, reiteró el derecho de los pensionados *por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia a continuar **recibiendo** cada año, junto con la mesada del mes de noviembre, en la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión*”.

Por su parte, la mesada adicional del mes de junio, se encuentra establecida tanto en el régimen general de pensiones (artículo 142 de la Ley 100 de 1993), como en el régimen especial de los docentes oficiales (artículo 15°, numeral 2° literal b), de la Ley 91 de 1989).

5.3.2.2. DE LA PROCEDENCIA DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE DE LAS MESADAS PENSIONALES ADICIONALES DEL PERSONAL DOCENTE. UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL.

En primer lugar, se advierte que frente a las controversias orientadas a la devolución de los descuentos en salud efectuados en las mesadas adicionales de junio y diciembre del personal docente, como la que ahora ocupa la atención del Despacho, no había una posición unificada y, en ese sentido, esta juzgadora era de la tesis de que el régimen de cotización en salud para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quedó cobijado por el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, en el entendido que si para éste último se aplicaba la prohibición de realizar descuentos en salud sobre las mesadas mencionadas, dicha prohibición igualmente regía a los Docentes, bien por considerarse que había operado la derogatoria tácita del artículo 8° numeral

5° de la ley 91 de 1989, como lo venía sosteniendo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, entre otras, en providencia del 31 de enero de 2013 (expediente 2011-00381-01 M.P. Carmelo Perdomo Cueter) o bien, en aplicación del principio constitucional de igualdad, consagrado en el artículo 13 de nuestra Carta Política.

Ahora bien, el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda- en **Sentencia de Unificación del 3 de junio de 2021**, proferida dentro del Expediente No. 66001-33-33-000-2015-00309-01, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez¹, determinó la procedencia de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales pagadas a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los siguientes términos:

“(...)

44. Ahora, es cierto que el artículo 81 no hizo mención expresa al aumento para la tasa de cotización en salud de los docentes pensionados, sin embargo, esto no implica que aquellos estuvieran exentos del ámbito de la norma. En lo relativo a este punto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-369 de 2004, al estudiar la demanda de inexecutable del inciso 42 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, analizó el contenido y alcance del aumento en la cotización que esta ley implicó para dicho personal, y concluyó que es razonable entender que ellos están incluidos, por lo que de ahí en adelante deben cancelar la totalidad del aporte previsto por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Particularmente, expuso, en primer lugar, que la norma no estableció excepción alguna al disponer el incremento, y, en segundo lugar, que dentro de los afiliados al FOMAG se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, por lo tanto, también son destinatarios de la disposición en mención.

(...)

¹ Demandante: JOSÉ JULIÁN GUEVARA PARRA, Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

² El tenor literal de la disposición demandada es el siguiente: «El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones».

50. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el artículo 81 de la Ley 812 no introdujo modificación a los demás aspectos distintos del valor de la deducción del artículo 8 de esta última, particularmente, en cuanto prevé que los pensionados deben aportar un porcentaje de cada mesada pensional incluidas las mesadas adicionales, en consecuencia, este se mantiene.

51. De lo anteriormente expuesto, se observa que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 aumentó el porcentaje de la cotización a salud del personal pensionado que se encontrara afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, del 5% al 12% mensual, pero no modificó la obligación de efectuarlas sobre cada una de las mesadas pensionales, **incluso de las mesadas adicionales, según lo ordenado por el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por lo tanto, dicha obligación subsiste.**

(...)

53. **En conclusión: Son procedentes los descuentos de aportes a salud del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993** de cada una de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso de las mesadas adicionales que reciban, por disposición de la Ley 812 en cuanto así lo prevé y que remite al art. 204 de la Ley 100 de 1993”.

(...)

54. Hasta este punto queda verificado que los docentes pensionados están en la obligación de aportar un 12% de sus mesadas pensionales y que, al tratarse de una regla derivada de los artículos 8 de la Ley 91 de 1989 y 81 de la Ley 812 de 2003, la obligación de aportes, cualquier excepción debe estar taxativamente señalada por la ley....”.

Y más adelante, agregó:

“1.2.1. De la excepción del artículo 5 de la Ley 43 de 1984.

55. Uno de los planteamientos que sustentan la improcedencia de los descuentos a salud de las mesadas adicionales se funda en el artículo **5 de la Ley 43 de 1984**. Con el fin de analizarlo, conviene señalar que el **artículo 7 de la Ley 42 del 14 de diciembre de 1982 proscribió los descuentos de la mesada adicional del mes de diciembre para las Organizaciones Gremiales y para las Entidades encargadas del pago de pensiones**, así: «La mensualidad adicional de que trata el artículo 5.º de la Ley 4.ª de 1976 no será objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones».

(...)

59. Sin embargo, ante la obligación legal que ordena los descuentos por aportes a salud de las mesadas adicionales, contenida en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, se concluye que ni el artículo 5 de la

Ley 43 de 1984 ni el artículo 7 de la Ley 42 de 1982 regulan la materia para los docentes pensionados afiliados al FOMAG.

60. Ahora, debe tenerse en cuenta que el inciso 6 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, es la norma específica para el sector docente y aquella dispuso que sí se deben efectuar los descuentos de las mesadas adicionales, además, es posterior a la Ley 43 de 1984, con lo cual, **esta última no es la que rige para el personal afiliado al FOMAG.**

61. En ese orden, la aplicación del artículo 7 de la Ley 42 del 14 de diciembre de 1982 **no puede sustentar el entendimiento según el cual los afiliados al FOMAG están eximidos de la cotización de salud de sus mesadas pensionales adicionales.**

(...). (Negrillas y subrayas del Despacho).

Posteriormente, señaló:

“(...)

1.2.2. Alcance del artículo 1 del Decreto 1073 de 2002

(...)

64. En desarrollo de lo anterior, el Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002 prescribió:

«Artículo 1º. Descuentos de mesadas pensionales. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

(...)

Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.»

65. En primer lugar, se observa que los descuentos de las mesadas adicionales de que trata la norma son aquellos destinados a los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, fondos de empleados y de las cooperativas, así como de las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, **mas no están referidos a las cotizaciones a salud.**

(...)

68. Así las cosas, es necesario precisar que el Decreto 1073 de 2002 hace parte del marco normativo de los descuentos de las mesadas de los pensionados con destino a las asociaciones gremiales, fondos de empleados y de las cooperativas, y es a estos a los que se refiere la norma cuando señala «Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados

por la ley y los reglamentados por el presente decreto», con lo cual no debe extenderse a las cotizaciones de las mesadas adicionales del personal de docentes pensionados afiliados al FOMAG, pues en todo caso, dichos descuentos sí están autorizados por la ley, particularmente, por la Ley 91 de 1989 en el artículo 8, como ya se definió. (Negrillas fuera del texto original).

(...)

Luego, indicó:

“1.2.3. La condición de afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de los docentes pensionados

“(…)

70. Otro de los argumentos que se exponen para afirmar que son improcedentes los descuentos a salud de las mesadas pensionales adicionales, está basado en que los docentes pensionados ya no pueden considerarse como afiliados al FOMAG, ante la inexistencia de una relación legal y reglamentaria en virtud de la cual ejerzan la función docente.

(…)

72. Para el asunto bajo estudio, únicamente pueden ser acreedores de las prestaciones y servicios a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio aquellos servidores que se encuentran afiliados y hacen los aportes que les corresponde. En consecuencia, quienes reciben prestaciones tales como una pensión de jubilación a cargo de aquel, según la Ley 91 de 1989, así como los servicios médico-asistenciales, son sus afiliados (...)

73. Así las cosas, **no cabe duda de que quienes reciben prestaciones y servicios de dicho Fondo aún se encuentran inscritos a él y reciben dichos beneficios. Por ello, es plausible concluir que están afiliados al FOMAG aquellos docentes que gozan de las prestaciones que dicha entidad les concede por ministerio de la ley, sin que puedan excluirse de este grupo de servidores aquellos que no tienen vigente una relación legal y reglamentaria para el ejercicio de la función docente.**

(...) De la norma transcrita se deduce que, para el Legislador, los docentes pensionados tienen la condición de afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

75. En consecuencia, el argumento según el cual los docentes pensionados perdieron la condición de afiliados al FOMAG no es de recibo.

(...)” (Negrillas del Despacho).

Así mismo, refirió:

“1.2.4. De efectuarse el descuento de la cotización a salud a las mesadas pensionales adicionales se estaría realizando en un 24% en el respectivo mes, cuando solamente está autorizado un 12%.

76. En relación con el razonamiento según el cual el aporte de la mesada adicional conlleva un 24%, es necesario precisar que de cada una de las mesadas que reciben se efectúa el descuento del 12%, es decir, 12% de la mesada que periódicamente se viene recibiendo y otro 12% de la mesada adicional. Por ende, para afirmar que el descuento corresponde a un 24%, sería necesario demostrar que se efectuó sobre una misma mesada de las que se devenga periódicamente, pero no se entiende de esta forma cuando de cada una de las mesadas, se realiza la referida deducción, así sean pagadas en un mismo periodo.

(...)

Una simple operación aritmética permite deducir que, en la situación bajo examen, se hace una deducción del 12% del 100% de lo que se recibe cada mes. Entonces, cuando se recibe una mesada adicional, en junio y diciembre, también se hace un descuento del 12% del total que se recibe. Si bien en términos numéricos el valor del aporte equivale al doble del que corresponde para una mensualidad ordinaria, no puede entenderse que aquella se aumenta en 24%, dado que recibe un valor adicional. En efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 prevé que el aporte se obtiene de la «respectiva mesada», es decir, de la mesada ordinaria más la adicional. En otros términos, el descuento del 12% se efectúa sobre el total de lo recibido en el correspondiente mes, lo que es igual al 12% de cada una de las mesadas.”

En ese sentido, anotó:

“ (...)

*Finalmente, la parte demandante afirmó que, de efectuarse tal deducción la cotización equivaldría al 24% de la mesada, cuando lo procedente es el 12% mensual. **Este argumento tampoco tiene vocación de prosperidad**, si se tiene en cuenta que en los meses en los que el beneficiario de la prestación recibe dos mesadas, el aporte del 12% lo hace sobre el total de lo devengado en ese mes, lo que equivale al descuento del mismo porcentaje de cada una de las mesadas que recibe”.*

“ (...)

Finalmente, concluyó:

“2. REGLA DE UNIFICACIÓN

86. Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993,

así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.

(...)” (subrayas del Despacho).

Por último, lo concerniente a los efectos de dicha sentencia, indicó:

“(…)

88. Además, es importante destacar que la decisión que se adopta en esta sentencia de unificación se acompasa con los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema pensional y de salud, en consideración a que los recursos que provienen de los aportes que efectúan los docentes de sus mesadas pensionales, cuya destinación está dada por la ley, redundan en su beneficio, por ende, tienen una finalidad de interés general inspirada en dichos principios. **En consecuencia, los efectos retrospectivos de esta providencia resultan acordes con dicho objetivo.**

89...la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija **se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial**, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables” (Negrilla fuera del texto original).

Bajo el anterior criterio Jurisprudencial, es claro que son procedentes los descuentos con destino a salud, incluso en las mesadas adicionales de junio y diciembre reconocidas a los docentes, pues dichos descuentos si están autorizados por el artículo 8° de la ley 91 de 1989, que les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, porcentaje que fue incrementado al 12%, de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, la demandante pretende que se ordene al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reintegro de los descuentos efectuados por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud sobre las

mesadas adicionales de junio y diciembre, así como la suspensión de los mismos.

En ese sentido, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció la pensión de jubilación a la señora Martha Esperanza Castillo Rodríguez, según consta en la Resolución No. 2346 del 2 de mayo de 2016.

Obra así mismo, el Oficio No. Oficio No. S-2019-158894 del 30 de agosto de 2019, en el que se señaló que los descuentos en las mesadas adicionales de **junio** y **diciembre**, se realizan en aplicación al numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, la Ley 812 de 2003 y el Decreto 2341 de 2003.

Igualmente, se acompañaron al proceso los comprobantes de pago de pensión y descuentos en salud realizados a la demandante por el periodo comprendido entre el 31 de julio de 2016 y el 31 de octubre de 2019, donde consta que efectivamente se le han efectuado los descuentos en salud sobre la mesada adicional de diciembre.

No obstante, conforme al criterio jurisprudencial reseñado, el cual acoge esta juzgadora en su integridad, es claro que los descuentos con destino al régimen contributivo en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, se encuentran ajustados a la ley, razón suficiente para denegar las pretensiones de la demanda.

5.3. COSTAS.

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte actora en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar probada la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA*”, propuesta por la apoderada de la Fiduciaria la Previsora S.A., de conformidad con las razones expuestas en la presente sentencia.

SEGUNDO: NEGAR las súplicas de la demanda conforme a las razones referidas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Sin costas a cargo de la parte actora.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora, excepto los ya causados, a petición de la misma.

Notifíquese y cúmplase

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 27 de hoy 01 de octubre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

89bc4da57f54ee25b67557526ecadae8d66f6edfe462ad646fcd9f4ee1c1
463d

Documento generado en 28/09/2021 11:25:29 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO DE ORALIDAD ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 1100133350182020 00303-00
Demandante: GILBERT EDUARDO DÍAZ GONGORA
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL.
Asunto: SENTENCIA

El señor **GILBERT EDUARDO DÍAZ GONGORA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.855.160, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES.

(i) Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo, configurado frente a la petición elevada el 20 de septiembre de 2019, por medio de la cual el actor solicitó el reajuste del subsidio familiar que actualmente devenga, con fundamento en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, desde la fecha que adquirió el derecho.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se condene al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a reajustar los salarios y las prestaciones sociales que devenga el demandante, teniendo en cuenta lo siguiente:

(ii) El reconocimiento y pago del subsidio familiar desde la fecha en que adquirió el derecho, es decir, desde el 8 de mayo de 2010, con fundamento en lo normado en el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000, hasta la fecha en que le fue reconocido en un 25%.

(iii) El reajuste del subsidio familiar reconocido en un 25%, cuando debió ser en un 62.5%, con fundamento en lo normado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, hasta la fecha de su retiro de la institución.

(iv) Que se disponga el pago de la indexación y los intereses de mora sobre todos los valores adeudados.

(v) Que se condene en costas a la entidad demandada.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones la apoderada del demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que el actor ingresó al Ejército Nacional el 28 de abril de 2004, a prestar su servicio militar, posteriormente el 2 de abril de 2007, se vinculó como soldado voluntario y el 30 de mayo del mismo año, como soldado profesional.

1.2.2. Que mientras se encontraba en servicio activo, el demandante inició comunidad de vida con la señora Yudy Milena Rojas López y el 16 de noviembre de 2009, nació su menor hija Michel Dayana Diaz Rojas.

1.2.3. Que el demandante contrajo matrimonio con la señora Yudy Milena Rojas López el 8 de mayo de 2010, como puede observarse en el registro civil de matrimonio No. 04818329.

1.2.4. Que para la fecha en que el demandante cambió de estado civil la norma vigente que regulaba lo relativo al subsidio familiar de los soldados profesionales era el Decreto 3770 de 2009, normatividad que impedía efectuar reconocimiento alguno por esa prestación, pues había derogado el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

1.2.5. Que para el año 2014, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1161 de 2014, el cual nuevamente permitió el reconocimiento del subsidio familiar, pero en una cuantía inferior a la que antes se reconocía.

1.2.6. Que en vista de que esa nueva norma permitía efectuar reconocimiento del subsidio familiar para los soldados profesionales, el demandante lo solicitó y en efecto le fue reconocido en cuantía del 25% del salario básico.

1.2.6. Que después de solicitar el reconocimiento del subsidio familiar, el demandante y su esposa tuvieron a la menor Valery Estefany Diaz Rojas, quien nació el 2 de octubre de 2015.

1.2.7. Que el 7 de junio de 2017, el H. Consejo de Estado profirió la sentencia en la cual declaró la nulidad con efectos ex tunc del Decreto 3770 de 2009.

1.2.8. Que el demandante se encuentra al servicio activo de la Institución y presta sus servicios en el Batallón de Policía Militar No. 24 “Gr, José Joaquín Matallana”, ubicado en Bogotá.

1.2.9. Que el 20 de septiembre de 2019 y dados los efectos con que se declaró la nulidad del Decreto 3770 del 2009, el demandante solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento del reajuste del subsidio familiar, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000.

1.2.10. Que a la fecha la entidad demandada no ha dado respuesta a la aludida petición.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La apoderada de la parte actora estima desconocidos los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política, 10 de la Ley 4ª de 1992 y los Decretos Nos. 1211 y 1214 de 1990, 1793 y 1794 de 2000 y 4433 de 2004 y los artículos 206 a 214 del Código Contencioso Administrativo, estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

Señaló que se vulnera el artículo 13 de la Constitución Nacional, toda vez que a todos los soldados se les venía reconociendo el subsidio familiar en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, hasta que fue expedido el Decreto 3770 de 2009, restringiendo dicho derecho.

Señala que a partir del año 2014, se empezó a reconocer el subsidio familiar, en aplicación de lo normado en los Decretos 1161 y 1162 de 2014, pero en cuantía muy inferior a la establecida en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Manifiesta que el Decreto 1162 de 2014, se profirió ante las múltiples decisiones judiciales que venían ordenando la protección al derecho a la igualdad a favor de los soldados profesionales y, en ese sentido, se ordenaba la inaplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y como consecuencia de ello la inclusión del subsidio familiar como partida computable.

Manifiesta que pese a lo anterior, el Decreto 1162 de 2014, acentúa la vulneración al derecho a la igualdad con relación a lo establecido en los artículos 13 y 14 del Decreto 4433 de 2004, toda vez que para los Oficiales y Suboficiales con 18 y 24 años de servicios, se toma el 85% de las partidas computables, entre ellas el subsidio familiar dentro de la asignación de retiro, mientras que para los soldados profesionales solo se incluye en un 30%, demostrando una significativa desmejora en contra de los menos favorecidos de las Fuerzas Militares.

Afirma que a partir de la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado el 8 de junio de 2017, se debe pagar el subsidio familiar al actor en los términos establecidos en el Decreto 1794 de 2000, desde el preciso momento en que consolidó el derecho para su reconocimiento.

Argumenta que al aludido reconocimiento, no se le puede aplicar término prescriptivo alguno, pues resulta claro que fue la sentencia proferida el 8 de junio de 2017, por el Consejo de Estado, la que permitió al demandante reclamar con certeza su derecho al subsidio familiar, máxime cuando entre la fecha de dicha sentencia y la reclamación no ha transcurrido el término

dispuesto para la prescripción de derechos.

III. CONTESTACIÓN.

La apoderada del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, mediante escrito del **19 de marzo de 2021**, contestó la demanda en forma oportuna, manifestándose frente a los hechos, oponiéndose a las pretensiones y expresando las siguientes razones de defensa:

Luego de citar el artículo 4° de la Constitución Política y jurisprudencia del H. Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, respecto a los requisitos para la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad precisó que el artículo 13 Constitucional, es incompatible con el Decreto 1161 de 2014, toda vez que existen motivos suficientes para regular las prestaciones sociales contenidas en las normas especiales dando un tratamiento diferente, de acuerdo a la calidad y requisitos exigidos para cada una de ellas.

Señaló que el subsidio familiar establecido para las Fuerzas Militares ha tenido amplio desarrollo normativo, pues su origen remonta al artículo 66 del Decreto 3220 del 9 de diciembre de 1953, que preceptuó que los oficiales de las fuerzas militares en servicio activo, casados o viudos con hijos legítimos tendrán derecho a una prima mensual de alojamiento y el artículo 122 señaló la misma prima para los oficiales retirados en goce de asignación de retiro.

Argumentó que los artículos 3 y 5 del Decreto 032 del 5 de febrero de 1959 y los Decretos 2337 de 1971, 612 de 1977, 089 de 1984, 095 de 1989 y 1211 de 1990, han venido regulando el subsidio familiar para los miembros de las fuerzas militares y de policía en los grados de oficiales y suboficiales, sin limitación relativa a la remuneración.

Precisó que el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, prevé que el requisito para hacerse acreedor al reconocimiento del subsidio familiar, es que el uniformado ponga en conocimiento a su respectiva fuerza de dicha circunstancia así: *“el soldado profesional deberá reportar el cambio de*

estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente”.

Indicó que posteriormente se expidió el Decreto 3770 de 2009, a través del cual el Ejército Nacional derogó el subsidio familiar establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, disponiendo que solo los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del mismo, estén percibiendo dicho emolumento, continuarían devengándolo hasta su retiro del servicio.

Por su parte, señaló que luego se profirió el Decreto 1161 de 2014, en el cual se indicó que dicho derecho salarial se radicaría en cabeza del uniformado, siempre y cuando se cumpliera con dos requisitos, i) ser casado o con unión marital de hecho y ii) haber reportado el cambio de estado civil, a partir de su inicio, al comando de la fuerza.

De otra parte, sostuvo que en el caso concreto del actor, cumple con la primera condición de estar casado o ostentar unidad marital de hecho; no obstante, en cuanto a la segunda circunstancia se aduce muy someramente que tenía derecho a percibir el subsidio, pero inicialmente no radicó los documentos porque el Decreto que regía para ese momento no establecía el reconocimiento de dicho subsidio, sin que se encuentre demostrado que elevó la respectiva solicitud.

De otro lado, propuso la excepción de **legalidad del acto** al señalar que una vez analizado el acto administrativo demandado, se evidencia que éste fue expedido de conformidad con las normas legales vigentes y, en consecuencia, no existe elemento alguno que vicie la legalidad del mismo en virtud de lo contemplado en el Decreto 1161 de 2014, por lo tanto no es concordante que el actor solicite el reconocimiento del subsidio familiar ahora con el Decreto 1794 de 2000, al estar ya percibiéndolo bajo el primero de los mencionados.

I. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Parte demandante

La apoderada de la parte actora presentó escrito de alegatos de conclusión vía correo electrónico el día **7 de septiembre de 2021**, reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio y a su vez señaló que con la expedición del Decreto 3770 del 2009, se afectó el derecho subjetivo del reconocimiento del subsidio familiar para todos aquellos soldados profesionales que contrajeron matrimonio o contaron con unión marital de hecho vigente, trasgrediendo así la expectativa legítima de su reconocimiento antes de la expedición del mentado Decreto.

Señala que el señor Gilbert Eduardo Díaz Góngora consolidó el derecho objetivo de reconocimiento del subsidio familiar en el preciso instante en que cambió de estado civil contrayendo matrimonio con la señora Yudy Milena Rojas López el 8 de mayo de 2010; sin embargo, con la expedición del Decreto 3770 del 2009, el actor no pudo materializar el derecho a dicho reconocimiento.

Argumenta que la nulidad del Decreto 3770 del 2009 y la consecuente reviviscencia del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, es aplicable sobre situaciones jurídicas no consolidadas, para lo cual el mismo Consejo de Estado dentro de las consideraciones del fallo y la providencia que negó las solicitudes de aclaración y adición, sostuvo que dicha declaratoria de nulidad dados sus efectos extunc opera sobre todas aquellas circunstancias que al momento de expedición del Decreto declarado nulo eran debatidas tanto en sede administrativa como en instancias judiciales y aquellas susceptibles de debatir.

Sostuvo que no se puede alegar ni imponer un término de prescripción al presente caso, pues está demostrado que el demandante no abandonó ni descuidó sus derechos, sino que una acción legislativa como lo fue la expedición del Decreto 3770 de 2009, le impidió que deprecara cualquier reconocimiento subjetivo por concepto de subsidio familiar.

Así mismo, indicó que fue a partir de la Sentencia del H. Consejo de Estado del 8 de junio de 2017, que el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, recobró vigencia y, por lo tanto, hasta la ejecutoria de esa providencia surgieron las posibilidades del demandante de reclamar el

derecho a que el subsidio familiar le fuere reconocido conforme a dicha disposición, por lo tanto al estar demostrado que entre la fecha de la ejecutoria de la sentencia y la petición no pasaron más de los tres años establecidos en el artículo 43 del Decreto 4433 del 2004, como término de prescripción, es claro que no se puede aplicar el mismo sobre el derecho reclamado.

Por lo anterior, solicitó que se acceda a las pretensiones de la demanda y se ordene el reconocimiento del subsidio familiar en cuantía del 4% del sueldo básico, adicionado en el 100% de la prima de antigüedad, esto es, en un 62.5% del sueldo básico desde la fecha de consolidación del derecho, - 8 de mayo de 2010-, hasta el retiro de la Institución.

4.2 Parte demandada

La apoderada de la entidad demandada, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **9 de septiembre de 2021**, solicitó desestimar las pretensiones de la demanda, toda vez que el actor ya percibe el subsidio familiar, amén que su situación no fue consolidada bajo la vigencia del Decreto 1794 de 2000.

Igualmente, señaló que el demandante no presentó prueba de haber informado a la entidad su cambio de estado civil antes del año 2014, para de ahí colegir que le asiste el derecho a que su subsidio sea reconocido bajo las previsiones del mencionado Decreto.

De otra parte, manifestó que el oficio por el cual se resolvió desfavorablemente la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar en virtud del Decreto 1794 de 2000, se profirió en cumplimiento de las normas legales vigentes que regulan la materia, esto es, el Decreto 1161 de 2014, situación que hace que el acto sea legítimo y carezca de vicios de nulidad.

En ese sentido, manifestó que no estamos ante una nulidad del acto administrativo, pues se expidió por la autoridad competente y bajo los preceptos vigentes para la fecha, los cuales gozan de total legalidad, de conformidad con el artículo 88 de la ley 1437 de 2011.

4.3. Ministerio Público.

El señor agente del Ministerio público dentro de la oportunidad legal, no rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES

5.1 DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Frente a la excepción de **legalidad del acto**, este Despacho considera que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera constituye excepción de mérito que impida al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.2.1. Petición elevada por la apoderada del actor ante la entidad demandada el 20 de septiembre de 2019, a través de la cual solicitó el reconocimiento y pago del subsidio familiar, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

5.2.2. Oficio No. 2020311000133271 del 28 de enero de 2020, a través del cual el Coronel Juan Pablo Sánchez Montero, en su calidad de Oficial Sección de Ejecución Presupuestal del Ejército Nacional DIPER, informó que al actor le fue reconocido el Subsidio Familiar en un 25%, conforme a la Orden Administrativa de Personal No. 2322 del 30 de noviembre de 2014, así: 20% corresponde a la Unión marital de hecho con la señora Yudi Milena Rojas López, 3% a la menor hija Michael Dayana Diaz Rojas y 2% a la menor hija Valery Estefany Díaz Rojas.

5.2.3. Constancia expedida por el Teniente Coronel Ernesto Javier Romero Peña, Oficial Sección Atención al Usuario DIPER, en la cual certifica los tiempos reconocidos al demandante en el Ejército Nacional.

5.2.4. Certificación del pago de nómina del demandante con fecha de corte diciembre de 2019, expedida por el Teniente Coronel Ernesto Javier Romero Peña, Oficial Sección Atención al Usuario DIPER.

5.2.5. Oficio No. 20193082154121 del 31 de octubre de 2019, mediante el cual el Teniente Coronel Edwin Gustavo Diaz Delgado, en su calidad de Oficial Sección Base de Datos del Ejército Nacional, señaló que el demandante se encuentra laborando en el Batallón de Policía Militar No. 24 “Gr. José Joaquín Matallana”, con sede en Bogotá.

5.2.6. Registro Civil de Matrimonio con indicativo serial No. 04818329, celebrado entre el actor y la señora Yudy Milena Rojas López.

5.2.7. Registros civiles de nacimiento de las menores Michel Dayana Diaz Rojas y Valery Estefany Diaz Rojas.

5.2.8. Conciliación extrajudicial, llevada a cabo el 30 de octubre de 2020, ante la Procuraduría 191 Judicial I para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

5.2.9. Fotocopias de las cédulas de ciudadanía del demandante y de la señora Yudy Milena Rojas López.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en la providencia proferida el 26 de agosto de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo, frente a la petición formulada por el demandante el 20 de septiembre de 2019; y ii) si el demandante tiene o no derecho al reconocimiento del subsidio familiar bajo las previsiones del Decreto 1794 de 2000, dada la nulidad con efectos Ex tunc del Decreto 3770 de 2009 y, en consecuencia, se inaplique en su caso particular el Decreto 1161 de 2014, bajo el cual goza de dicho emolumento.

5.3.1. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

La apoderada de la parte actora depreca la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la Administración frente a la petición formulada por el demandante el 20 de septiembre de 2019, mediante la cual solicitó el reajuste del subsidio familiar que actualmente devenga con fundamento en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 20 de septiembre de 2019, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a cuyo tenor:

“Artículo 83. Silencio Negativo. Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

(...)”.

5.3.2. NORMATIVIDAD APLICABLE FRENTE AL CASO CONCRETO

5.3.2.1. DE LA ASIGNACIÓN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES.

El Congreso de la República a través de la Ley 578 de 2000, revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que expidiera, entre otras materias, las normas relacionadas con el régimen de carrera y el estatuto del Soldado Profesional.

En ejercicio de las referidas facultades, el Presidente de la República mediante el Decreto No. 1793 de 2000 *“por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”*, en el párrafo del artículo 5º dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 5. SELECCIÓN.

(...)

PARÁGRAFO. *Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen”.*

A su vez, a través del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, “*por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares*”, se estipuló que además de la asignación salarial (art. 1), a dicho personal le asiste el derecho a devengar las primas de antigüedad (art. 2), servicios (art. 3), vacaciones (art. 4), navidad (art. 5), así como el subsidio familiar (art. 11) y las cesantías (art. 9).

5.3.2.2. DE LA APLICACIÓN DEL DECRETO 1794 DE 2000, DADA LA SENTENCIA DE NULIDAD DEL DECRETO 3770 DE 2009.

El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, dispone:

*“ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, **tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.** Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.”.* (Negrilla del Despacho).

Ahora bien, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, el presidente de la República expidió el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, por medio del cual se derogó la anterior disposición; sin embargo, la dejó a salvo para aquellos que ya la venían devengando, en los siguientes términos:

“(...)

PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el

derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.

PARÁGRAFO 2°. Aclarase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual.

(...)”.

De otra parte, es de anotar que el Decreto 3770 de 2009, fue declarado nulo **con efectos ex tunc**, en sentencia del 8 de junio de 2017, proferida por la Sección Segunda, Subsección “B”, del Consejo de Estado, M. P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS, dentro del proceso No. 11001-03-25-000-2010-00065-00 y frente a los efectos de la derogatoria del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, que dispuso la creación de la prestación del subsidio familiar para los Soldados e Infantes de Marina profesionales, indicó:

“ (...)

*El Decreto 1794 de 2000 fue publicado el 14 de septiembre de ese año en el diario oficial número 44.161, no obstante, por virtud de su artículo 17 entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2001; por su parte, el **Decreto 3770 de 2009, entró a regir a partir de su publicación, esto aconteció el 30 de septiembre** de ese año en el diario oficial número 47.488. Lo que significa que la previsión contenida en el **artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 produjo efectos jurídicos entre el 1 de enero de 2001 y el 30 de septiembre de 2009**, o en otras palabras, el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales pervivió en el mundo jurídico por el lapso de ocho (8) años y ocho (8) meses, contados desde la entrada en vigencia del decreto que lo reconoció hasta la entrada en vigencia del acto que lo derogó.*

Para la Sala es claro que los soldados profesionales tuvieron reconocido el derecho objetivo al subsidio familiar por razón o con ocasión de la previsión contenida en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, y que contrario a lo dicho por las entidades demandadas en sus escritos de defensa, este derecho fue revertido, eliminado y suprimido por virtud de lo normado en el artículo 1 del Decreto 3770 de 2009, acto posterior que al derogar la disposición que lo reconocía cesó por completo su vigencia al expulsarla del ordenamiento jurídico.

Salta a la vista entonces que las disposiciones contenidas en el Decreto 3770 de 2009, en la medida en que desalojan del universo jurídico el derecho objetivo a la prestación del subsidio familiar para los soldados profesionales, constituyen per se un retroceso. Se trata de normas regresivas que afectan el derecho al trabajo y a la seguridad social de estos integrantes de las fuerzas militares, y por tanto, deben ser consideradas como inconstitucionales prima facie.

(...)

Fue así como el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, mediante Sentencia del 27 de octubre de 2016, cuyo Consejero Ponente fue el doctor Gabriel Valbuena Hernández, dijo lo siguiente:

“De la norma transcrita se deduce que el subsidio familiar únicamente fue contemplado por el legislador, para ser incluido en la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, mas no en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, como el demandante; sin embargo, por vía jurisprudencial se ha dicho que esto constituye un trato diferenciado sin justificación razonable que redunde en una flagrante violación del principio de igualdad. (...)”

Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

(...) si bien el legislador sólo previó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y excluyó de la aplicación de tal regla a los Soldados Profesionales, en aplicación del principio de igualdad, resulta igualmente procedente reconocerle dicho emolumento a estos últimos, aunque ello signifique la inaplicación del precepto según el cual únicamente se puede tener en cuenta tal partida para liquidar la asignación de retiro del personal Oficial y Suboficial”

En efecto, el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no solamente estipuló un derecho objetivo con vocación de subjetivación en cabeza de quienes contraigan matrimonio o constituyan una unión marital del hecho, sino que también reconoció este derecho a todos los soldados profesionales en servicio activo, por cuanto que al ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad y ser titulares del derecho a la familia tienen la probabilidad cierta de consolidar en el futuro el correspondiente derecho a la prestación del subsidio familiar. (Negrilla del Despacho)

(...)

FALLA

DECLARAR, con efectos ex tunc, la nulidad total del Decreto 3770 de 2009, “por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Gobierno Nacional.

(...).”

Posteriormente, en desarrollo de las Leyes 4^a de 1992 y 923 de 2004, el Presidente de la República expidió el Decreto 1161 de 2014, con efectos a partir del **1 de julio de 2014**, por medio del cual creó nuevamente el subsidio familiar para los Soldados e Infantes de Marina Profesionales, de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, el cual en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica, así:

“ARTÍCULO 1º. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. Créase, a partir del 1º de julio del 2014, para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:

a. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. de este artículo.

(...)

c. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

PARÁGRAFO 1. El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales.

PARÁGRAFO 2. Para los efectos previstos en este artículo **los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares** a partir del 01 de Julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y **el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud** de que trata el presente párrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.

PARÁGRAFO 3. Los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto.

(...)”. (Negrilla del Despacho).

De la normatividad y jurisprudencia en cita, se concluye que con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, cobró vigencia el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y, en ese sentido, a partir del **1 de enero de 2001 hasta el 30 de junio de 2014**, el soldado profesional de las Fuerzas Militares e Infantes de Marina **casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar**, equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario

básico mensual más la prima de antigüedad correspondiente, efecto para el cual, se deberá reportar el cambio de estado civil.

5.4. CASO CONCRETO.

Ahora bien, en el expediente obra el Registro Civil de Matrimonio donde consta que el señor Gilbert Eduardo Díaz Góngora contrajo nupcias con la señora Yudy Milena Rojas López el día 8 de mayo de 2010.

Igualmente, se acredita que antes de contraer matrimonio nació la menor Michel Dayana Diaz Rojas y luego en virtud de dicha unión nació la menor Valery Estefany Diaz Rojas, lo que se corrobora con los registros civiles de nacimiento, que obran en el plenario.

Igualmente, según consta en el oficio No. 2020311000133271 del 28 de enero de 2020, el subsidio familiar le fue reconocido al actor mediante Orden Administrativa de Personal No. 2322 del 30 de noviembre de 2014, en cuantía del 25%.

Así mismo, reposa solicitud del 20 septiembre de 2019, mediante la cual el actor deprecó el reconocimiento de dicha prestación, de conformidad con el Decreto 1794 de 2000, dada la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009.

Sobre el particular, es claro que los soldados profesionales e Infantes de Marina tuvieron derecho al reconocimiento del subsidio familiar por razón o con ocasión del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, dentro del término de vigencia del mismo y los que contrajeron matrimonio o constituyeron unión marital de hecho con posterioridad a la entrada en vigencia de la derogatoria del derecho a dicha prestación, se encuentran en su goce efectivo, de conformidad con el Decreto 1161 de 2014, en ambos casos con efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

Ahora bien, en virtud de la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 30 de septiembre de 2009, con *efectos ex tunc*, el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina se retrotrajo al estado anterior; esto es, cobró vigencia el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

En ese sentido, es claro que el demandante consolidó su derecho al subsidio familiar bajo el Decreto 1794 de 2000, puesto que contrajo matrimonio el **8 de mayo de 2010**, fecha para la cual estaba vigente el referido decreto, dada la sentencia de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

De otra parte, sobre la forma de liquidar el subsidio familiar el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, dispone:

*“Artículo 11. Subsidio familiar. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, **tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.**” (Negrilla del Despacho)*

Por su parte, el artículo 1 del Decreto 1161 de 2014, señala:

“ARTÍCULO 1°. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. Créase, a partir del 1° de julio del 2014, para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:

a. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. de este artículo.

(...)

c. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

PARÁGRAFO 1. *El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales. (Negrilla del Despacho)*

Como puede verse, al comparar los Decretos 1794 de 2000 y el 1161 de 2014, el primero es más beneficioso a efectos de liquidar el subsidio familiar, puesto que equivale al **cuatro por ciento (4%) del salario básico**

mensual más la prima de antigüedad correspondiente, la cual a partir del segundo año de servicio, el soldado profesional o el Infante de Marina la devengará en un equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica y por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%), mientras que el segundo, corresponde **al veinte por ciento (20%) de la asignación básica** por la cónyuge o compañera permanente, más los siguientes porcentajes: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo, sin superar el veintiséis por ciento (26%).

En ese sentido, se concluye que, si bien, en el caso de autos no se encuentra demostrado el porcentaje que percibió el actor por concepto de prima de antigüedad, a efectos de calcular el subsidio familiar al que tendría derecho en virtud del Decreto No. 1794 de 2000, lo cierto es que dicha disposición le resulta más favorable, puesto que para la fecha en que contrajo matrimonio, esto es, 8 de mayo de 2010 contaba con más de tres (3) años de servicio, dado que su vinculación como Soldado data del 2 de abril de 2007 y a la fecha se encuentra en servicio activo.

Así las cosas, esta juzgadora **varía el criterio adoptado** en los fallos del 24 y 25 de julio de 2019, proferidos dentro de los procesos Nos. 11001333501820180004100 y 11001333501820180009000, pues en las referidas providencias consideró que el derecho al subsidio familiar había quedado supeditado a que se reportara el cambio del estado civil, requisito que, si bien es exigido por el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, lo cierto es que no pudo ser cumplido por el demandante a la fecha en que contrajo nupcias, toda vez que para la misma el referido decreto había sido derogado y, en tal virtud, resultaba inane cualquier reporte que se hiciera para obtener dicho reconocimiento.

Sobre el particular, en un caso de similares características al que ocupa la atención del Despacho, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “E”, en providencia del 9 de octubre de

2020¹, Magistrada Ponente: Doctora Patricia Victoria Manjarrés Bravo, discurrió:

A efectos de resolver el problema jurídico, tenemos que el demandante contrajo matrimonio el **13 de noviembre de 2009**, esto es, cuando el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 se encontraba derogado por el Decreto 3770 de 2009, lo que en principio no le daría el derecho que reclama el actor.

Sin embargo, considera la sala que al anularse el Decreto 3770 de 2009 con efectos retroactivos y además al tratarse de una situación no consolidada, pues el derecho al reconocimiento del subsidio podía debatirse una vez se declaró la nulidad de esa disposición –sentencia de 8 de junio de 2017–, para la sala es claro que el derecho al subsidio familiar debe analizarse conforme el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, pues debe recordarse que según el Consejo de Estado en providencia de 8 de septiembre de 2017¹², esa disposición tuvo vigencia desde su expedición –14 de septiembre de 2014– hasta la subrogación del Decreto 1161 de 24 de julio 2014.

La entidad demandada considera que resulta improcedente el reconocimiento del subsidio familiar bajo el Decreto 1794 de 2000, habida cuenta que según su criterio, no cumplió con la segunda condición consistente en la obligación por parte del interesado de informar el cambio de estado civil y en esa medida, no tiene un derecho adquirido.

Frente a esa argumentación, la sala advierte que al margen de la obligación de informar sobre el cambio de estado civil, la entidad no puede desconocer que el actor cumplió con la condición material señalada en vigencia del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 –contraer matrimonio– toda vez que limitarlo a esa condición, significaría hacer prevalecer las formas sobre el derecho sustancial y además dejar de aplicar el artículo 15 de la disposición en cita, según el cual “El reconocimiento de las prestaciones sociales a que tiene derecho el soldado profesional de las Fuerzas Militares o sus beneficiarios, será tramitado oficiosamente por el Ministerio de Defensa Nacional”.

Luego entonces, como el demandante cumplió con la hipótesis descrita en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, contrario a lo que afirma la entidad demandada, es claro que tiene un derecho adquirido, definido este como “aquellas situaciones individuales y subjetivas que se crearon y definieron bajo el imperio de una ley y con respeto de los postulados que ella establece”¹³, el cual no podía vulnerarse con norma posterior que para el asunto objeto de debate sería el Decreto 1161 de 2014.

Así las cosas, tal y como lo señaló la juez de primera instancia, el subsidio familiar del demandante debe reconocerse en un 4% de la asignación básica más la prima de antigüedad, razón por la cual, se despachará desfavorablemente el recurso de apelación de la entidad demandada.

En consecuencia, este Despacho accederá a las súplicas de la demanda, efecto para el cual, se declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a la petición radicada por el actor el 20 de septiembre de 2019, por medio del cual deprecó el reconocimiento del subsidio familiar, de conformidad con el Decreto 1794 de 2000, pues a través de los cargos formulados logró demostrar que fue violatorio de las normas superiores invocadas, desvirtuándose así la presunción de legalidad que lo amparaba.

¹ Proceso: 110013335018201800125-01, Demandante: Pedro Ignacio Fonseca Nivia, demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

A título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento del subsidio familiar al actor, de conformidad con el Decreto 1794 de 2000, equivalente a un 4% del salario básico más el porcentaje de prima de antigüedad correspondiente, efecto para el cual la entidad demandada deberá **pagarle** las sumas que resulten a su favor por dicho concepto, previa deducción de los valores pagados, en virtud del Decreto 1161 de 2014.

5.5. PRESCRIPCIÓN DEL REAJUSTE SALARIAL Y PRESTACIONAL Y DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO.

Para efectos de analizar de oficio el fenómeno prescriptivo, esta Juzgadora considera que el derecho al reconocimiento se hace exigible a partir de la ejecutoria de la sentencia del H. Consejo de Estado, proferida el 8 de junio de 2017, que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009, hecho que ocurrió el **26 de septiembre de 2017**, dados los efectos Ex tunc de la mencionada providencia.

En consecuencia, desde la ejecutoria de la mencionada sentencia, el actor contaba con 3 años para deprecar el derecho reclamado ante lo contencioso administrativo según los lineamientos señalados en la providencia del 10 de octubre de 2019, por medio de la cual el Consejo de Estado al resolver solicitudes de adición y aclaración de Sentencia SU del 25 de abril de 2019, en punto a la prescripción aplicable a la asignación de retiro de los soldados profesionales, señaló que “(...) *la regla de prescripción aplicable a la asignación de retiro de los soldados profesionales es la trienal, contenida en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.*

(...)”.

En ese sentido, la reclamación se realizó el 20 de septiembre de 2019, de lo que se desprende que no operó el fenómeno prescriptivo alguno, al realizarse la petición antes del término de tres (3) años que dispone la norma en cita, y, en consecuencia, el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional deberá reconocer el subsidio familiar deprecado por el actor desde el **8 de mayo de 2010**.

5.6. COSTAS.

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta, respecto de la petición elevada el **20 de septiembre de 2019**, ante el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

SEGUNDO.- Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a la petición del **20 de septiembre de 2019**, a través de la cual el demandante solicitó el reconocimiento del subsidio familiar, de conformidad con el Decreto 1794 de 2000.

TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, i) **RECONOCER** el subsidio familiar al señor GILBERT EDUARDO DIAZ GONGORA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.855.160, teniendo en cuenta el cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más el porcentaje de prima de antigüedad correspondiente, según lo previsto por el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, con las incidencias que correspondan en los años subsiguientes, previos los descuentos de ley y ii) **PAGAR** las sumas que resulten a favor del actor por concepto de subsidio familiar con efectividad, a partir del **8 de mayo de 2010**, previa

deducción de los valores pagados por dicho concepto, en virtud del Decreto 1161 de 2014, conforme a lo expuesto en la presente sentencia.

CUARTO.- CONDENAR al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL a pagarle al señor GILBERT EDUARDO DIAZ GONGORA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.855.160, los valores señalados en el numeral anterior con la aplicación de la siguiente fórmula: $R = Rh \text{ (Ind. F/ Ind. I)}$, en la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada al demandante, por el guarismo que resulte de dividir el Índice Final de Precios al Consumidor certificado por el D.A.N.E., vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada salario y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada sueldo, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos hasta el reajuste del subsidio familiar.

QUINTO.- Sin costas a cargo del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

SEXTO.- A partir de la ejecutoria de esta sentencia se reconocerán intereses, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO.- Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 ibídem.

OCTAVO.- La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso al actor excepto los ya causados, a petición del mismo.

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
Juez

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 27 de hoy 01 de octubre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA HOLÓN CAMACHO Secretaría

Firmado En:

Gloria Mercedes Jaramillo Vásquez

Jueza

Juzgado Administrativo

cc

Agente @ C. Agente @ C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica conforme a lo dispuesto en la Ley 287/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: [Lgpbk2w2t2r2cc2ff2s2d2r2u2h2r2p2k2r2c2d2t2r2i2n2e2](#)

Documento generado en 25/09/2021 04:22:52 P.M.

Validez del documento electrónico en la República: [URL: https://www.gub.ek.gov.co/portal/portal.jspx](https://www.gub.ek.gov.co/portal/portal.jspx) en Forma Electrónica



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-2020-00330-00
Demandante: JHON JAIRO RAMÍREZ CHUNZA
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –EJÉRCITO NACIONAL
Asunto: SENTENCIA

El señor **JHON JAIRO RAMÍREZ CHUNZA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.949.241 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –EJÉRCITO NACIONAL, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES

Pretende el demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto, configurado por el silencio de la administración, frente a la petición presentada por el actor el 23 de julio de 2018, ante el Ejército Nacional.

Que se declare la nulidad del acto administrativo No. 20183171444371 del 2 de agosto de 2018, por medio del cual la entidad demanda le negó el reajuste salarial del 20% y el subsidio familiar, establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Que se inapliquen por inconstitucionales el inciso primero del artículo primero del Decreto 1794 del 14 de septiembre del año 2000 y el artículo primero del Decreto 1161 de 2014.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a:

-Reajustar retroactivamente el salario en un 20% de conformidad con la siguiente formula: 1 SMMLV incrementado en un 60%, más la indexación e intereses que en derecho corresponda, y posteriormente reliquidar los factores salariales adicionales de liquidación y las prestaciones sociales periódicas a partir del 8 de mayo de 2015.

- Reliquidar retroactivamente el subsidio familiar que devenga el actor, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, pagando las respectivas diferencias con respecto del subsidio familiar que en la actualidad devenga, más la indexación e intereses que en derecho corresponda a partir del 8 de mayo de 2015.

-Dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones la parte demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que el demandante ingresó a las Fuerzas Militares de Colombia en el año 2015, en el grado de soldado profesional

1.2.2. Que el actor se encuentra casado con la señora Marleni Castro Lavao desde el año 2016 y en virtud de dicha unión nacieron los menores Juan David Ramírez Castro y Juan Camilo Ramírez Castro.

1.2.3. Que se le reconoció por concepto de subsidio familiar un 23% de su salario básico, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1161 de 2014.

1.2.4. Que el demandante desde el ingreso a la entidad demandada ha percibido como salario básico 1 S.M.M.L.V., incrementado en un 40%.

1.2.5. Que el actor elevó petición el 23 de julio de 2018, por medio del cual solicitó ante la autoridad demandada la reliquidación y reajuste de la asignación salarial tomando como base de su liquidación la asignación básica incrementada a un 60%, y el pago del subsidio familiar de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

1.2.7. Que mediante Oficio No. 20183171444371 del 2 de agosto de 2018, se le informó que no era procedente acceder a la petición de la reliquidación del 20%, en la medida que el demandante no fue incorporado como soldado voluntario, sino como profesional.

1.2.8. Que en la anterior comunicación no se pronunció respecto del subsidio familiar, por lo cual se configuró un acto ficto.

1.2.9. Que la Veeduría Ciudadana Delegada para las fuerzas Militares rindió informe técnico el 4 de febrero de 2020, en el cual consideró que se debe acceder a la reliquidación del 20% del salario.

II NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos los artículos 4, 13, 48, 53, 93, de la Constitución Política, Ley 131 de 1985, los Decretos 1793 y 1794, ambos de 2000, artículo 10 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 24 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículos 2, y 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y estructuró el concepto de violación de la siguiente manera:

Sostuvo que las actividades del actor como soldado profesional de Colombia son las mismas que las ejecutadas por sus compañeros

soldados que se vincularon como voluntarios, por lo cual, se está transgrediendo el mandato de trabajo igual salario igual, ya que la labor del actor, y en general de todos los soldados profesionales de incorporación directa, es igual a la llevada a cabo por los ex voluntarios, por ende, afirma que estos últimos no merecen percibir un 20% más de sueldo básico por el hecho de haber sido incorporados mediante un régimen diferente, toda vez que, vulnera lo preceptuado en la constitución política y tratados internacionales.

Afirmó que los requisitos exigidos para las personas que ingresaron directamente como profesionales son mayores y más complejos de superar que quienes siendo voluntarios querían pertenecer al escalafón de soldados profesionales.

Señaló que el derecho y principio constitucional a la igualdad sustancial del demandante está coartado por el hecho de reconocérsele un porcentaje inferior por concepto de sueldo básico, en comparación con sus compañeros que también tienen la categoría de soldado profesional, pero que perciben un 20% más a título de sueldo básico.

Indicó que la misma Constitución Política de Colombia ha subrayado la importancia de los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, donde se han desarrollado herramientas de garantía y protección de los derechos del trabajador, es así como el inciso cuarto del artículos 53 y 93 constitucionales aducen no solo la importancia de las normas internacionales, sino que, resaltan que hacen parte integral del bloque de constitucionalidad, por lo cual, se deben entender como normas constitucionales.

Así mismo, expresó que se vulnera el artículo 13 de la Constitución Nacional, toda vez que a todos los soldados se les venía reconociendo el subsidio familiar en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, hasta que fue expedido el Decreto 3770 de 2009, restringiendo dicho derecho.

Indicó que a partir del año 2014, se empezó a reconocer el subsidio

familiar, en aplicación de lo normado en los Decretos 1161 y 1162 de 2014, pero en cuantía muy inferior a la establecida en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Afirmó que el Decreto 1162 de 2014, se profirió ante las múltiples decisiones judiciales que vienen ordenando la protección al derecho a la igualdad a favor de los soldados profesionales y, en ese sentido, se ordenaba la inaplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y como consecuencia de ello la inclusión del subsidio familiar como partida computable.

Estimó que a partir de la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado el 8 de junio de 2017, se debe pagar el subsidio familiar al actor en los términos establecidos en el Decreto 1794 de 2000, desde el preciso momento en que consolidó el derecho para su reconocimiento.

III. CONTESTACION

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **19 de marzo de 2021**, allegado vía correo electrónico, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Manifestó que no es viable pretender reclamar derechos que no se han adquirido argumentando derecho a la igualdad, pues no es lo mismo ser Soldado Voluntario con derechos adquiridos cobijado bajo una norma, y pretender obtener derechos cuando la incorporación como Soldado Profesional lo fue de manera directa.

Precisó que los derechos definidos en la Ley 131 de 1985, para los soldados que se encontraban en calidad de soldados voluntarios y los que se incorporan en vigencia del Decreto 1793 de 2000, en materia de régimen salarial y prestacional se encuentran regidos bajo el Decreto 1794 de 2000, régimen que se aplica al actor teniendo en cuenta que se incorporó en el año 2001, para efectos de la asignación salarial.

Sostuvo que el actor ingresó como soldado profesional, tal como consta en la Orden Administrativa de Personal 1077 el 20 de junio de 2001, regido por el Decreto 1793 que establece el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y el Decreto 1794, con el cual se reguló el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, y afirmó que la asignación salarial mensual del personal que se vincula por primera vez, a partir del 31 de diciembre de 2000, fecha de entrada en vigencia del Decreto 1794 de 2000, es la que establece el citado Decreto, razón por la cual, el demandante nunca estuvo bajo la Ley 131 de 1985, donde se encontraban los Soldados voluntarios, es decir, nunca fue soldado voluntario, en ese sentido, no puede pretender reclamar derechos que no se han adquirido.

Señaló que de conformidad con la constancia expedida por la Sección Atención al Usuario DIPER, al Soldado Profesional John Jairo Ramírez Chunza, se le está cancelando el subsidio familiar en un porcentaje del 25% tal como lo establece el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, en un porcentaje del 20% para el cónyuge y el 3% y el 2% por sus menores hijos, porcentajes que se reconocieron en las fechas que el demandante solicitó y acreditó cada situación.

Aludió que el actor Ingresó como Soldado Profesional en el año 2001, y de acuerdo a lo manifestado por el apoderado, está casado desde el año 2016, razón por la cual, existe una diferencia entre lo real y lo solicitado ya que los derechos se reclaman cuando son adquiridos y para el caso del actor se le reconoció el subsidio familiar de conformidad con la Orden Administrativa de Personal No. 1486 del 22 de marzo de 2017, de la siguiente forma 20% por efectos de cambio del estado civil y en la medida en que reportó el nacimiento de sus hijos, se incrementaron los porcentajes establecidos por la norma vigente al momento de solicitar el reconocimiento correspondiente.

Indicó que el derecho al subsidio Familiar, tiene efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud y en el caso *sub examine* es aplicable el Decreto 1161 de 2014, esto es, 25% del salario básico,

reconocido de la siguiente forma: 20% por la cónyuge, 3% por el primer hijo y 2% por el segundo hijo una vez fue solicitado por el Soldado Profesional.

De otro lado, propuso la excepción de **legalidad del acto** al señalar que una vez analizado el acto administrativo demandado, se evidencia que éste fue expedido, de conformidad con las normas legales vigentes y, en consecuencia, no existe elemento alguno que vicie la legalidad del mismo, encontrándose vigente al momento del reconocimiento del subsidio familiar del actor el Decreto 1161 de 2014, por lo tanto no es concordante que lo solicite ahora con el Decreto 1794 de 2000, al estar ya percibiéndolo con la normatividad vigente.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora presentó escrito de alegatos de conclusión vía correo electrónico el día **2 de septiembre de 2021**, reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio y a su vez señaló que se evidencia una ostensible regresividad, de conformidad con la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, por lo cual, afirma que existe una presunción de inconstitucionalidad de la norma.

Indicó que debe aplicarse el test de no regresividad, el cual consta de verificar (i) si con la reforma no se desconocieron derechos adquiridos; (ii) si se respetaron con la reforma los principios constitucionales del trabajo; y (iii) si las reformas se encuentran justificadas conforme al principio de proporcionalidad y razonabilidad.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la entidad demandada, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **29 de agosto de 2021**, solicitó desestimar las pretensiones de la demanda, toda vez que el actor nunca fue soldado voluntario y se incorporó directamente como soldado profesional, amén

que su situación no fue consolidada bajo la vigencia del Decreto 1793 y 1794 de 2000.

Igualmente, señaló que al demandante se le reconoció el subsidio familiar en la Orden OAP 1486 del 22 de marzo de 2017, previa la solicitud elevada a la Entidad, la cual se reconoció dando cumplimiento a la norma vigente para la fecha en que lo solicitó, esto es el Decreto 1161 de 2014, situación que hace que el acto sea legítimo y carezca de vicios de nulidad.

En ese sentido, manifestó que no se está ante una nulidad del acto administrativo, pues se expidió por la autoridad competente y bajo los preceptos vigentes para la fecha, los cuales gozan de total legalidad.

4.3. Ministerio Público

El señor agente del Ministerio público dentro de la oportunidad legal, no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1 DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Frente a la excepción de **legalidad del acto** este Despacho considera que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera constituye excepción de mérito que impida al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

5.2.1. Petición elevada por la apoderada del actor ante la entidad demandada el 23 de julio de 2018, por medio de la cual solicitó la reliquidación y reajuste de la asignación salarial tomando como base de su liquidación la asignación básica incrementada en un 60%, y el reconocimiento y pago del subsidio familiar de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

5.2.2. Oficio No. 20183171444371 del 2 de agosto de 2018, a través del cual el Coronel Jarol Enrique Cabrera Cornelio, en su calidad de Oficial Sección de Nómina del Ejército Nacional DIPER, le informó al actor que no era procedente acceder a la petición de la reliquidación del 20%, en la medida que el demandante no fue incorporado como soldado voluntario, sino como profesional.

5.2.3. Constancia expedida por el Mayor Jhonnatan Arcos Enciso, Oficial Sección Atención al Usuario DIPER, en la cual certifica los tiempos reconocidos al demandante en el Ejército Nacional.

5.2.4. Certificación del pago de nómina del demandante con fecha de corte octubre de 2020, expedida por el Mayor Jhonnatan Arcos Enciso, Oficial Sección Atención al Usuario DIPER.

5.2.5. Registro civil de nacimiento del menor Julián David Ramírez Castro.

5.2.6. Conciliación extrajudicial, llevada a cabo el 18 de diciembre de 2018, ante la Procuraduría 50 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida.

5.2.7. Certificación técnica No. 131 del 4 de febrero de 2020, expedida por el Doctor Oscar Iván Largo Herrera, en su calidad de Director Nacional de Veeduría Delegada para las Fuerzas Militares, por medio de la cual recomienda a la Administración de Justicia que se reconozca el incremento del salario en un 20%.

5.2.8. Expediente administrativo del actor, contentivo de: i) la Hoja de

vida, ii) Ordenes administrativas Nos. 1406 y 1486 del 22 de marzo de 2017 y 10 de abril de 2018, mediante las cuales se causan novedades en el subsidio familiar del actor y ii) petición elevada el 7 de febrero de 2018, por medio de la cual solicitó el incremento del subsidio familiar por el nacimiento de su hijo.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Tal como se determinó en providencia del 26 de agosto de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en establecer: **i)** Si se configuró el silencio administrativo negativo, frente a la petición formulada por el demandante el 23 de julio de 2018, **ii)** si el actor tiene o no derecho a que la asignación básica que devenga, se tome sobre el 60% y no sobre el 40%, como se aduce lo liquidó la entidad demandada en su calidad de soldado profesional de incorporación directa y a la consecuente reliquidación de prestaciones sociales y **iii)** si el demandante tiene o no derecho al reconocimiento del subsidio familiar bajo las previsiones del Decreto 1794 de 2000, dada la nulidad con efectos Ex tunc del decreto 3770 de 2009 y, en consecuencia, se inaplique en su caso particular el decreto 1161 de 2014, bajo el cual goza de dicho emolumento.

5.3.1. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado de la parte actora deprecia la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la Administración frente a la petición formulada por el demandante el 23 de julio de 2018, mediante la cual pretende el reajuste del subsidio familiar que actualmente devenga con fundamento en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 23 de julio de 2018, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a cuyo tenor:

“Artículo 83. Silencio Negativo. Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

(...)”.

5.4. DE LA ASIGNACIÓN BÁSICA DEVENGADA POR LOS SOLDADOS PROFESIONALES. NORMATIVIDAD APLICABLE.

En el caso que nos ocupa, el señor Jhon Jairo Ramírez Chunza a través de apoderado, deprecia el reconocimiento y pago del reajuste salarial del 20%, a partir del 8 de mayo de 2015, en razón a que la entidad accionada le reconoció un salario mensual vigente, incrementado en un 40% y no en un 60% como se afirma, lo dispuso el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

Sobre el particular, basta mencionar que el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso con el radicado No. CE-SUJ2 850013333002201300060 01, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, definió el derecho del reajuste del 20% reclamado por los soldados profesionales en los siguientes términos:

“En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto (...)

Primero. De conformidad con el inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1° de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%. (Negrilla del Despacho)

Segundo. De conformidad con el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley

131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.”

(...)

Ahora bien, pese a que esta Sala no se encuentra obligada a pronunciarse sobre la supuesta vulneración al derecho a la igualdad de los soldados profesionales que se vincularon por primera vez, en atención a la importancia que la Ley 1437 de 2011169 le atribuye a las sentencias unificadoras no está demás señalar, que en todo caso, dicho postulado superior consagrado en el artículo 13 de la Constitución, no es trasgredido por la tesis jurisprudencial adoptada en la sentencia de unificación, puesto que no es posible realizar un juicio o test de igualdad entre los soldados voluntarios que luego fueron enlistados como profesionales y los soldados profesionales que se vincularon por vez primera, pues, el tratamiento igual solo puede predicarse entre iguales, y en este caso, las situaciones a comparar no son fáctica y normativamente similares, por lo que el cargo propuesto en ese sentido no hubiera tenido vocación de prosperidad.”
(Negrilla del Despacho)

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia SUJ-015 CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida dentro del proceso No 85001-33-33-002-2013-00237-01, Demandante Julio César Benavides Borja, Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares **UNIFICÓ** algunos temas relativos a los emolumentos devengados por estos servidores una vez son retirados del servicio y en lo concerniente al reajuste salarial del 20%, señaló:

“(…)

4.1. La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%...

4.2. Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

(...).”

Así las cosas, bajo el marco jurisprudencial señalado en las referidas sentencias, es claro que los soldados profesionales que se hayan

vinculado a las Fuerzas Militares a partir de la expedición del Decreto 1794 de 2000, tendrán derecho a devengar un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%); en tanto, que los soldados voluntarios que se incorporaron al escalafón de profesionales que ya venían vinculados en virtud de la Ley 131 de 1985 y que conservaren tal vinculación al día 31 de diciembre de 2000, tendrán derecho a devengar un salario mensual igual al salario mínimo legal vigente, **pero incrementado en un sesenta por ciento (60%)**.

De las pruebas allegadas al expediente se advierte que el actor prestó sus servicios al Ejército Nacional como soldado Bachiller desde el **17 de junio de 1997 al 30 de diciembre de 1998**; posteriormente, como alumno soldado profesional desde el **1 de abril de 2001 al 14 de mayo de 2001** y como soldado profesional desde el **15 de mayo de 2001 al 30 de octubre de 2008** y del **8 de mayo de 2015 al 3 de noviembre de 2020**, tal como consta en la certificación de tiempo de servicio obrante a folios 52 del plenario, de donde se colige que el actor se vinculó **directamente** como soldado profesional el **15 de mayo de 2001**, razón por la cual, de conformidad con lo dispuesto de conformidad con el inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1° de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, tal y como lo reconoció la entidad y, en consecuencia, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo demandado.

Ahora bien, sobre la solicitud de inaplicación del inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, por ser violatoria del principio de igualdad, baste mencionar que el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, C. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso con el radicado No. CE-SUJ2 850013333002201300060 01, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, respecto a la diferenciación realizada por el legislador para efectos del reconocimiento del salario mensual incrementado en un

cuarenta por ciento (40%), para los soldados de incorporación directa señaló:

“(…)

Ahora bien, pese a que esta Sala no se encuentra obligada a pronunciarse sobre la supuesta vulneración al derecho a la igualdad de los soldados profesionales que se vincularon por primera vez, en atención a la importancia que la Ley 1437 de 2011 le atribuye a las sentencias unificadoras no está demás señalar, que en todo caso, dicho postulado superior consagrado en el artículo 13 de la Constitución, no es trasgredido por la tesis jurisprudencial adoptada en la sentencia de unificación, puesto que no es posible realizar un juicio o test de igualdad entre los soldados voluntarios que luego fueron enlistados como profesionales y los soldados profesionales que se vincularon por vez primera, pues, el tratamiento igual solo puede predicarse entre iguales, y en este caso, las situaciones a comparar no son fáctica y normativamente similares, por lo que el cargo propuesto en ese sentido no hubiera tenido vocación de prosperidad”

5.4.1 DE LA ASIGNACIÓN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES.

El Congreso de la República a través de la Ley 578 de 2000, revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que expidiera, entre otras materias, las normas relacionadas con el régimen de carrera y el estatuto del Soldado Profesional.

En ejercicio de las referidas facultades, el Presidente de la República mediante el Decreto No. 1793 de 2000 “por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”, en el párrafo del artículo 5° dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 5. SELECCIÓN.

(…)

PARÁGRAFO. *Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen”.*

A su vez, a través del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, “por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”, se estipuló que además de la asignación salarial (art. 1), a dicho personal le asiste el derecho a devengar las primas de antigüedad (art. 2), servicios (art. 3), vacaciones (art. 4), navidad (art. 5), así como el subsidio familiar (art. 11) y las cesantías (art. 9).

5.3.2.2. DE LA APLICACIÓN DEL DECRETO 1794 DE 2000, DADA LA SENTENCIA DE NULIDAD DEL DECRETO 3770 DE 2009.

El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, dispone:

*“ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, **tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.** Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.”.* (Negrilla del Despacho).

Ahora bien, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, el presidente de la República expidió el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, por medio del cual se derogó la anterior disposición; sin embargo, la dejó a salvo para aquellos que ya la venían devengando, en los siguientes términos:

“(…)

PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.

PARÁGRAFO 2º. Aclarase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual.

(…)”.

De otra parte, es de anotar que el Decreto 3770 de 2009, fue declarado nulo **con efectos ex tunc**, en sentencia del 8 de junio de 2017, proferida por la Sección Segunda, Subsección “B”, del Consejo de Estado, M. P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS, dentro del proceso No. 11001-03-25-000-2010-00065-00 y frente a los efectos de la derogatoria del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, que dispuso la creación de la prestación del subsidio familiar para los Soldados e Infantes de Marina profesionales, indicó:

“ (...)

*El Decreto 1794 de 2000 fue publicado el 14 de septiembre de ese año en el diario oficial número 44.161, no obstante, por virtud de su artículo 17 entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2001; por su parte, el **Decreto 3770 de 2009, entró a regir a partir de su publicación, esto aconteció el 30 de septiembre** de ese año en el diario oficial número 47.488. Lo que significa que la previsión contenida en el **artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 produjo efectos jurídicos entre el 1 de enero de 2001 y el 30 de septiembre de 2009**, o en otras palabras, el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales pervivió en el mundo jurídico por el lapso de ocho (8) años y ocho (8) meses, contados desde la entrada en vigencia del decreto que lo reconoció hasta la entrada en vigencia del acto que lo derogó.*

Para la Sala es claro que los soldados profesionales tuvieron reconocido el derecho objetivo al subsidio familiar por razón o con ocasión de la previsión contenida en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, y que contrario a lo dicho por las entidades demandadas en sus escritos de defensa, este derecho fue revertido, eliminado y suprimido por virtud de lo normado en el artículo 1 del Decreto 3770 de 2009, acto posterior que al derogar la disposición que lo reconocía cesó por completo su vigencia al expulsarla del ordenamiento jurídico.

Salta a la vista entonces que las disposiciones contenidas en el Decreto 3770 de 2009, en la medida en que desalojan del universo jurídico el derecho objetivo a la prestación del subsidio familiar para los soldados profesionales, constituyen per se un retroceso. Se trata de normas regresivas que afectan el derecho al trabajo y a la seguridad social de estos integrantes de las fuerzas militares, y por tanto, deben ser consideradas como inconstitucionales prima facie.

(...)

Fue así como el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, mediante Sentencia del 27 de octubre de 2016, cuyo Consejero Ponente fue el doctor Gabriel Valbuena Hernández, dijo lo siguiente:

“De la norma transcrita se deduce que el subsidio familiar únicamente fue contemplado por el legislador, para ser incluido en la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, mas no en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, como el demandante; sin embargo, por vía jurisprudencial se ha dicho que esto constituye un trato diferenciado sin

justificación razonable que redundaría en una flagrante violación del principio de igualdad. (...)

Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

(...) si bien el legislador sólo previó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y excluyó de la aplicación de tal regla a los Soldados Profesionales, en aplicación del principio de igualdad, resulta igualmente procedente reconocerle dicho emolumento a estos últimos, aunque ello signifique la inaplicación del precepto según el cual únicamente se puede tener en cuenta tal partida para liquidar la asignación de retiro del personal Oficial y Suboficial”

En efecto, el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no solamente estipuló un derecho objetivo con vocación de subjetivación en cabeza de quienes contraigan matrimonio o constituyan una unión marital del hecho, sino que también reconoció este derecho a todos los soldados profesionales en servicio activo, por cuanto que al ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad y ser titulares del derecho a la familia tienen la probabilidad cierta de consolidar en el futuro el correspondiente derecho a la prestación del subsidio familiar”. (Negrilla del Despacho)

(...)

FALLA

DECLARAR, con efectos *ex tunc*, la nulidad total del Decreto 3770 de 2009, “por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Gobierno Nacional.

(...)”.

Posteriormente, en desarrollo de las Leyes 4ª de 1992 y 923 de 2004, el Presidente de la República expidió el Decreto 1161 de 2014, con efectos a partir del **1 de julio de 2014**, por medio del cual creó nuevamente el subsidio familiar para los Soldados e Infantes de Marina Profesionales, de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, el cual en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica, así:

“ARTÍCULO 1º. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. Créase, a partir del 1º de julio del 2014, para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no

perciben el subsidio familiar regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:

a. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. de este artículo.

(...)

c. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

PARÁGRAFO 1. El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales.

PARÁGRAFO 2. Para los efectos previstos en este artículo **los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares** a partir del 01 de Julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y **el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud** de que trata el presente párrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.

PARÁGRAFO 3. Los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto.

(...)" (Negrilla del Despacho).

De la normatividad y jurisprudencia en cita, se concluye que con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, cobró vigencia el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y, en ese sentido, a partir del **1 de enero de 2001 hasta el 30 de junio de 2014**, el soldado profesional de las Fuerzas Militares e Infantes de Marina casado o con **unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar**, equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad correspondiente, efecto para el cual, se deberá reportar el cambio de estado civil.

Ahora bien, a folio 61 del expediente obra la hoja de vida del actor, en tanto que en el acápite de “*HECHOS*”, numeral segundo se señaló que contrajo matrimonio el 11 de julio de 2016, con la señora Marleni Castro Lavao y se afirmó que en virtud de dicha unión nacieron los menores Juan David Ramírez Castro y Juan Camilo Ramírez Castro (Fl. 4).

Así mismo, reposa solicitud del 23 de julio de 2018, mediante la cual el actor deprecó el reconocimiento del subsidio familiar, de conformidad con el Decreto 1794 de 2000, dada la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 (Fls. 45 a 49).

Sobre el particular, es claro que los soldados profesionales e Infantes de Marina tuvieron derecho al reconocimiento del subsidio familiar por razón o con ocasión del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, dentro del término de vigencia del mismo y los que contrajeron matrimonio o constituyeron unión marital de hecho con posterioridad a la entrada en vigencia de la derogatoria del derecho a dicha prestación, se encuentran en su goce efectivo, de conformidad con el Decreto 1161 de 2014, en ambos casos con efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

Ahora bien, en virtud de la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, con efectos *ex tunc*, el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina se retrotrajo al estado anterior; esto es, cobró vigencia el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

En ese sentido, advierte el Despacho que el demandante contrajo matrimonio el día **11 de julio de 2016**, tal como se evidencia en hoja de vida del actor, obrante a folio 61 del expediente, vale decir, en vigencia del Decreto 1161 de 2014.

Así las cosas, este Despacho deberá negar el reajuste del subsidio familiar deprecado por el actor de conformidad con el Decreto 1794 de 2000, por cuanto la declaración de la unión marital de hecho fue

realizada el **11 de julio de 2016**, y en tal virtud, -se repite- la norma aplicable es la vigente a la fecha en que el demandante consolidó el derecho, para el caso el Decreto 1161 de 2014, tal y como lo reconoció la entidad y, en consecuencia, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo demandado.

Ahora bien, sobre la solicitud de inaplicación del Decreto 1161 de 2014, por ser violatoria del principio de igualdad, baste mencionar que el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, C. P. Dr. William Hernández Gómez, en la Sentencia de Unificación proferida el 25 de abril de 2019, dentro del proceso No. 85001- 33-33-000-2013-00023-01, respecto a la diferenciación realizada por el legislador para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales frente a Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, aplicable mutatis mutandis frente al subsidio familiar, indicó:

*“141. Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.
(...)*

143. Ahora, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994 y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005, la Corte Constitucional concluyó, en la sentencia C-057 de 2010, que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada en lo siguiente:

“La Corte encuentra, en primer lugar, que los sujetos a que se refieren las disposiciones demandadas constituyen grupos jurídicamente diferenciados. Si bien de las tres categorías se predica el factor común de que están integradas por miembros de la fuerza pública, también es cierto que la diferenciación entre ellas no tiene un origen arbitrario o subjetivo, sino que obedece a criterios normativos. Esas normas asignan a cada una de las tres categorías, responsabilidades, tareas y deberes diferentes. La naturaleza de sus funciones es claramente distinta.

3.6.1.2. Entre los muchos criterios posibles que el legislador habría podido considerar para definir los topes máximos a los que se refieren las normas acusadas, el acudir a los agrupamientos preexistentes en la jerarquía militar o policial es un criterio objetivo, que disminuye los riesgos de arbitrariedad o subjetividad en el otorgamiento del subsidio. Se trata de un criterio jurídico, fácilmente identificable, que responde a la lógica interna de organización de la fuerza pública. Al

existir estas distintas categorías jurídicas dentro del universo de personas que conforman la Fuerza Pública, es en principio válido que el legislador las utilice como criterio de distinción para ciertos efectos.

3.6.1.3. Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que en efecto, las tres categorías se encuentran en una situación de hecho distinta. Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la "conducción y mando" de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales. Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes.

3.6.1.4. Desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, las tres categorías a que se refieren las normas demandadas constituyen grupos diferenciados jurídicamente, que, dentro de la fuerza pública, responden a una naturaleza funcional distinta, y por lo tanto, tienen responsabilidades y tareas diferentes. Desde este punto de vista estrictamente formal, se trata de categorías que se encuentran en situaciones de hecho distintas". (negrita (sic) fuera de texto)

144. En este caso se observa entonces que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas. En efecto, las partidas respecto de las cuales cotizan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son diferentes a las partidas sobre las que efectúan aportes los soldados profesionales" (Subrayado del Despacho).

6. COSTAS.

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que el demandante en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR las súplicas de la demanda, por las consideraciones de la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas a cargo de la parte demandante.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso al demandante excepto los ya causados, a petición del mismo.

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

Firmado Por:

Gloria

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 27 de hoy 01 de octubre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA BOLÓN CAMACHO Secretaría

Mercedes

Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 2020-00330 00*

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**c83ddae68c5a1a649e73a680d7095c292a376bf61fba3984c2322f883e0
09cc5**

Documento generado en 29/09/2021 01:51:43 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO DIECIOCHO DE ORALIDAD ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-2019-00411-00
Demandante: NARDA VARGAS COMBA
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **NARDA VARGAS COMBA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 39.784.904, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

(i) Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 18 de octubre de 2018, frente a la petición elevada el 18 de julio de 2018, por medio de la cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías.

(ii) Declarar que la actora tiene derecho a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados

desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que le hicieron efectivo el pago.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a:

(iii) Reconocer y pagar a la demandante la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

(iv) Reconocer y pagar los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

(v) Reconocer y pagar los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reconocida en la sentencia.

(vi) Dar cumplimiento al fallo, tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

(vii) Condenar en costas a la parte demandada conforme con lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A y en el Código General del Proceso.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones la demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

1.2.2. Que el párrafo 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

1.2.3. Que por laborar como docente en los servicios educativos estatales, la actora le solicitó al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 25 de febrero de 2017, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Que por medio de la Resolución No. 3250 del 2 de mayo de 2017, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 27 de julio de 2017, por intermedio de entidad bancaria.

1.2.5. Que el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006, estableció que dentro de los 15 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, y el artículo 5° ibídem, contempló 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 al servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido por el Fondo Nacional de Ahorro.

1.2.6. Que la actora solicitó la cesantía el 25 de febrero de 2017, siendo el plazo para pagarla el día 9 de junio de 2017, pero se realizó el pago el 27 de julio de 2017, por lo que trascurrieron 48 días de mora contados

a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelarla hasta el momento en que se efectuó el pago.

1.2.7. Que el 18 de julio de 2018, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

II NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Sostiene que la entidad demandada al hacer el pago de la cesantía de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ha menoscabado las disposiciones que regulan la materia, por cuanto se ha demorado en algunos eventos 4 o 5 años, para su reconocimiento.

Manifiesta que las Leyes Nos. 244 de 1995 y 1071 de 2006, mediante las cuales se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, establecieron un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor después de expedido el acto administrativo de reconocimiento; sin embargo, pese a que la jurisprudencia ha establecido que el reconocimiento y pago no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el Fondo Prestacional del Magisterio cancela por fuera de los términos establecidos la referida prestación, lo que genera una sanción para la entidad, equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a dichos 70 días.

Refiere que la demandante tiene la calidad de docente nacional o nacionalizado, razón por la cual la prestación fue reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 y, por ende, la sanción moratoria solicitada está a cargo de la entidad demandada.

Agrega que el espíritu de la Ley 1071 de 2006, al establecer un término perentorio para el reconocimiento y pago de la cesantía de la actora, está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 65 días después de haber realizado la petición, haciéndose el Fondo Prestacional del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

Aduce que la contabilización adicional de los 5 días, a los 60 días que contempla la Ley señalada anteriormente, con el con el objeto de agotar el procedimiento de reconocimiento y pago de la cesantía, obedece a la necesidad de contabilizar el término necesario para que el acto administrativo que reconoció la prestación quede debidamente ejecutoriado conforme lo establece la Ley.

III. CONTESTACION

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **15 de abril de 2021**, allegado vía correo electrónico se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las siguientes excepciones:

(i) Improcedencia de la indexación de la sanción moratoria: Señaló que de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, la indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, aquellas que deben satisfacer mediante el pago de una cantidad determinada entre las que se cuentan, las de índole laboral, en la medida que el fenómeno inflacionario produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda; sin embargo, en

cuanto refiere a la sanción moratoria generada por el pago tardío de las cesantías, dicha indexación no es procedente.

(ii) Improcedencia de la condena en costas: Manifiesta que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede.

IV. ALEGATOS

4.1 Parte demandante

La apoderada de la parte actora mediante escrito allegado el **7 de septiembre de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso: i) la calidad de docente de la demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías parciales, iii) el acto mediante el cual se reconoció la cesantía parcial, iv) la fecha en que se le canceló la prestación reconocida y v) la mora en el pago de la prestación.

Con fundamento en tales presupuestos probatorios, afirma que resulta posible la aplicación al caso concreto de la Ley 1071 de 2006, así como la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, proferida por el Honorable Consejo de Estado.

4.2 Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211182205891 del 31 de agosto de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico el mismo día señaló que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en **47** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

No obstante lo anterior, solicita no acceder a la indexación de la sanción moratoria, de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, jurisprudencia que determinó que la misma tiene su fundamento en el fenómeno económico derivado del proceso de la depreciación de la moneda, mientras que la sanción moratoria nace como penalidad por el pago tardío de las cesantías, concluyendo que la indexación de la sanción moratoria no es procedente de ninguna forma, al no satisfacer las características propias de dicha depreciación y al tener un origen y una finalidad diferente la generación de la sanción mora por pago tardío de las cesantías, de allí que determinó la incompatibilidad de las dos figuras, toda vez que de no ser así se constituiría en una doble sanción para la Administración, haciendo más gravosa la situación de la Entidad.

De otra parte, manifiesta la imposibilidad que la entidad que representa sea condenada en costas, pues afirma que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede, máxime cuando los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente.

En ese orden de ideas solicita al Despacho que de acceder a las pretensiones de la demanda, no se reconozca la indexación de la sanción moratoria ni se condene en costas conforme con los argumentos expuestos.

4.3. Ministerio Público.

El señor Agente del Ministerio Público dentro de la oportunidad legal, no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:

Frente a la excepción de **improcedencia de la indexación de la sanción moratoria** este Despacho considera que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera constituye excepción de mérito que impida al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

En relación con la **imposibilidad de condena en costas**, cabe advertir que no constituye un medio exceptivo sino un aspecto inherente al ejercicio de la acción.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

5.2.1. Resolución No. 3250 del 2 de mayo de 2017, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 25 de febrero de 2017.

5.2.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2018-112885 del 18 de julio de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías.

5.2.3. Desprendible de pago expedido por el Banco BBVA en el que consta que las cesantías parciales de la actora fueron canceladas el 27 de julio de 2017.

5.2.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 7 de diciembre de 2018, en la Procuraduría 85 Judicial I para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en la providencia proferida el **26 de agosto de 2021**, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el 18 de julio de 2018 ii) si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamada por la actora.

5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

La apoderada de la parte actora depreca la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la Administración frente a la petición formulada por la demandante el 18 de julio de 2018, mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 18 de julio de 2018, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a cuyo tenor:

“Artículo 83. Silencio Negativo. *Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.*

(...)”.

5.4.1. NORMATIVIDAD QUE REGULA LA MORA EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS.

Mediante la **Ley 244 del 29 de diciembre de 1995**, se estableció la sanción por el no pago de la cesantía, consistente en una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último por el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía.

Así, el artículo 1° consagra que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley”*.

Por su parte, el artículo 2° dispone: *“La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías 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 éste.”

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, *“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”* estableció en su artículo 4° que *“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”. (Negrillas del Despacho)

A su vez, el artículo 5° estableció “**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.” (Negrillas fuera del texto original)*

De los artículos transcritos se deduce que si se trata del reconocimiento de cesantías **definitivas o parciales**, la entidad pública obligada al reconocimiento y pago dispone de un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de solicitud de liquidación de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.

Se observa así mismo que las normas no contemplan ninguna excepción a la aplicación de la sanción y, en tal virtud, cobijan a los servidores públicos de todos los órdenes, dentro de los que se encuentran los docentes, calidad que ostenta la demandante.

5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017¹, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.

9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el

¹ Corte Constitucional – Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017, M. P. Dr. Iván Humberto Escrucería Mayolo, Expedientes T-5.799.348, T-5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180.

régimen especial de la Ley 91 de 1989[71].

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución". (Resaltado fuera del texto original).

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia CE-SUJ-012 SU del 18 de julio de 2018, proferida dentro del proceso No 73001-23-33-000-2014-00580-01, Demandante Jorge Luis Ospina Cardona, Demandados: Nación-Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima **UNIFICÓ** los siguientes aspectos en torno al tema de la sanción moratoria: i) la categoría de servidor público de los docentes ii) la exigibilidad de la sanción por mora iii) salario de liquidación e iv) indexación de la sanción moratoria.

5.5. CASO CONCRETO.

El caso en estudio se analizará bajo los criterios de unificación referidos en la sentencia anteriormente mencionada, así:

5.5.1. Categoría de servidor público de la actora.

Afirma la Sección Segunda del Consejo de Estado que “...los docentes 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.”

En ese sentido, señala 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...”.

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora Narda Vargas Comba ostenta la calidad de docente de la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación Distrital - Sistema General de Participaciones IED JORGE SOTO DEL CORRAL, calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de 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.

5.5.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

En la sentencia de unificación referida, se determinaron las siguientes hipótesis para establecer el momento de exigibilidad de la mora, así: Petición sin respuesta (70 días posteriores a la petición), ii) Acto escrito extemporáneo- después de 15 días- (70 días posteriores a la petición), iii) Acto escrito en tiempo, notificado personalmente (55 días posteriores a la notificación), iv) acto escrito en tiempo notificado de forma electrónica (55 días posteriores a la notificación), v) acto escrito en tiempo notificado por aviso (55 días posteriores a la notificación), vi) acto escrito en tiempo sin notificar o notificado fuera de termino (67 días posteriores a la expedición del acto, vii) acto escrito –renunció a la notificación (45 días desde la renuncia y viii) acto escrito-interpuso recurso- (45 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso).

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 3250 del 2 de mayo de 2017, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **25 de febrero de 2017**, razón por la cual, la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es hasta el **17 de marzo de 2017**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **2 de mayo de 2017**, sea decir, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles desde el **27 de febrero de 2017**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **9 de junio de 2017**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **27 de julio de 2017**, como consta en el desprendible de pago expedido por el Banco BBVA, incurriéndose en mora desde el **9 de junio de 2017 hasta el 26 de julio de 2017**.

5.5.3. Salario base de liquidación.

En la sentencia de unificación se precisó que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria varía según se trate de cesantías parciales o definitivas.

Así, para las cesantías parciales 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.

Por su parte, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las cesantías definitivas, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en la que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas.

Al respecto, siguiendo la línea jurisprudencial que fundamenta la presente decisión, como en el caso que nos ocupa se trata de la sanción originada en el incumplimiento de la entidad demandada respecto de una cesantía **parcial**, la asignación básica salarial a tenerse en cuenta será la percibida para la época en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad.

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de la entidad empleadora comprende una anualidad (**9 de junio de 2017 hasta 26 de julio de 2017**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de junio y julio de 2017.

5.5.4. De la indexación de la sanción moratoria. Variación del criterio adoptado por el Despacho.

Al respecto, el Consejo de Estado en la sentencia que se viene de leer, en punto a la indexación del valor a pagar por sanción moratoria en los casos de docentes, señaló:

(...) 184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una

prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una penalidad económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.

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.***

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.***

(...)”.

Ahora bien, en sentencia del **26 de agosto de 2019**², dicha Corporación Judicial se ocupó de precisar la frase consignada en la sentencia arriba citada que indica “...Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.”, debido a que había lugar a varias interpretaciones, señalando sobre el particular:

“(...)”

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que ‘(...) Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.(...)’, porque

² Sección Segunda – Subsección “A” Exp. No. 68001-23-33-000-2016-00406-01, No. Interno: 1728-2018, Demandante: Aurora del Carmen Rojas Álvarez Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, M.P. William Hernández Gómez.

ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) si hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia -art. 187 -y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

(...)”.

Así las cosas y dado que esta Juzgadora era del criterio que en ningún caso había lugar a la indexación moratoria, varia dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual desde el momento que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia procede la indexación del artículo 187 del C.P.A.C.A.

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **28 julio de 2017** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la actora el 18 de julio de 2018, al encontrarse incurso en causal de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías parciales,

equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **9 de junio de 2017 y el 26 de julio de 2017**.

El valor del salario es el vigente para los meses de junio y julio de 2017, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

5.6. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*³; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*⁴; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁵.

De conformidad con la normatividad en mención, la demandante, contaba con tres años para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de su cesantía parcial, término que inició a correr desde su exigibilidad.

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía parcial, se hizo exigible a partir del **9 de junio de 2017** y la señora Narda Vargas Comba formuló reclamación administrativa el **18 de julio de 2018** en tanto la demanda se presentó el **7 de octubre de 2019**, de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

³ **ARTICULO 41.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

⁴ **ARTICULO 102. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.** 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

⁵ **Artículo 151.** Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales, prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual.

5.7. COSTAS

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta, respecto de la petición elevada el **18 de julio de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2018-112885.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el No. E-2018-112885 del **18 de julio de 2018**, a través de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías parciales.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **NARDA VARGAS COMBA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.784.904, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **9 de junio de 2017 y el 26**

de julio de 2017, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para los meses de junio y julio de 2017, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **28 de julio de 2017 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin costas a cargo de la parte demandada.

SEXTO: Exhortar a la Ministra de Educación Nacional, al Director del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Gerente de la Fiduprevisora S.A. como sujetos garantes del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes estatales y de la administración de los recursos de dichas prestaciones, respectivamente, que adopten los correctivos necesarios frente a la tardanza que se presenta en el reconocimiento y pago de las cesantías de los educadores y así evitar la sanción moratoria.

SÉPTIMO: Por Secretaría dese cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 ibídem.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora excepto los ya causados, a petición de la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO 027 de hoy 01 de octubre de 2021 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

Firmado Por:

Gloria

Mercedes

Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**d058f765d44d02a7ff5d843803637b836cc2b06932b9c21e0e4ccb446460c
27b**

Documento generado en 24/09/2021 09:53:41 AM

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 2019-00411-00*

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO DE ORALIDAD ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00437-00**
Demandante: ANA CAROLINA ANGARITA RODRÍGUEZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **ANA CAROLINA ANGARITA RODRÍGUEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.075.653.772, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 12 de julio de 2019, frente a la petición elevada el 12 de abril de 2019, por medio de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la ley 1071 de 2006, por el pago tardío de una cesantía definitiva.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a:

(i) Que se declare que la demandante tiene derecho a que la parte demandada le reconozca y pague la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que le hicieron efectivo el pago.

(ii) Se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro del presente proceso en el término de 30 días, en virtud de lo contemplado en el artículo 192 y siguientes del C.P.A.C.A.

(iii) Que se condene a la parte demandada a reconocer y pagar los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria, tomando como base la variación del Índice de Precios al Consumidor, desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.

(iv) Condenar a la parte demandada a reconocer y pagar los intereses moratorios, a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reconocida en la sentencia.

(v) Condenar en costas al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones la demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la

Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

1.2.2. El párrafo 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativo del sector oficial.

1.2.3. Por laborar como docente en los servicios educativos estatales, la actora le solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 07 de junio de 2018, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Por medio de la Resolución No. 793 del 05 de febrero de 2019, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 14 de marzo de 2019, por intermedio de entidad bancaria.

1.2.5. El artículo 4° de la Ley 1071 de 2006, estableció que dentro de los 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 y el artículo 5° ibídem, contempló que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales al servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido por el Fondo Nacional de Ahorro.

1.2.6. La actora solicitó la cesantía el 07 de junio de 2018, siendo el plazo para cancelarla el día 20 de septiembre de 2018, pero se realizó el 14 de marzo de 2019, por lo que trascurrieron 175 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelar la cesantía hasta el momento en que se efectuó el pago.

1.2.7. El 12 de abril de 2019, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial con el objeto de llegar a acuerdos sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Señala que el pago de la cesantía de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ha menoscabado las disposiciones que regulan la materia, por cuanto se ha demorado en algunos eventos 4 o 5 años para su reconocimiento.

Aduce que las Leyes Nos. 244 de 1995 y 1071 de 2006, mediante las cuales se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableció un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor después de expedido el acto administrativo de reconocimiento; sin embargo, pese a que la jurisprudencia ha establecido que el reconocimiento y pago no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el Fondo Prestacional del Magisterio cancela por fuera de los términos establecidos la referida prestación, lo que genera una sanción para la entidad equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud.

Manifiesta que con la declaratoria de la Ley 1071 de 2006, se buscó que una vez el empleador quedara cesante en su empleo, éste pudiera tener unos recursos rápidos para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos o al momento que perdiera su trabajo, igualmente la protección de que el trabajador pudiera obtener su pago de la cesantía antes de los 65

días, después de radicada la solicitud, la cual fue ampliada a las cesantías parciales.

Así mismo, la referida Ley estableció los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía del actor, los cuales están siendo burlados por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 65 días después de haber realizado la petición, haciéndose el Fondo Prestacional del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **25 de marzo de 2021**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las siguientes excepciones:

i) Improcedencia de la indexación de la sanción moratoria: Señaló que de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, la indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, aquellas que deben satisfacer mediante el pago de una cantidad determinada entre las que se cuentan, las de índole laboral, en la medida que el fenómeno inflacionario produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda; sin embargo, en cuanto refiere a la sanción moratoria generada por el pago tardío de las cesantías, dicha indexación no es procedente.

ii) Improcedencia de la condena en costas: Manifestó que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación, no procede.

Por su parte, la apoderada de la actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **23 de agosto de 2021**, describió el traslado de las referidas excepciones, en forma oportuna, refiriéndose a la “inadecuada indexación de la sanción moratoria”, y oponiéndose a la prosperidad de la improcedencia de la indexación de la sanción por mora.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

La apoderada de la parte actora mediante escrito allegado el **08 de septiembre de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso i) la calidad de docente de la demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de cesantía, iii) el acto mediante el cual se reconoció a la actora la cesantía, iv) la fecha en que se le canceló la prestación reconocida, y v) la mora en el pago de la prestación.

Con fundamento en tales presupuestos probatorios afirma que resulta posible la aplicación al caso concreto de la Ley 1071 de 2006, así como la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, proferida por el Honorable Consejo de Estado.

En punto a la solicitud de indexación de la condena solicita la aplicación de la sentencia del 26 de agosto de 2019, desde el 14 de marzo de 2019 hasta la fecha en que se cause la ejecutoria de la sentencia que profiera el Despacho y desde la ejecutoria de la sentencia hasta que la entidad responsable realice el pago, se reconozcan los intereses legales.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211182205741 del 31 de agosto de 2021**, allegado a este

Despacho vía correo electrónico el día 01 de septiembre del mismo año¹, señaló que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en **174** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

No obstante lo anterior, solicita no acceder a la indexación de la sanción moratoria, de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, jurisprudencia que determinó que la indexación tiene su fundamento en el fenómeno económico derivado del proceso de la depreciación de la moneda, mientras que la sanción moratoria nace como penalidad por el pago tardío de las cesantías, concluyendo que la indexación de la sanción moratoria no es procedente de ninguna forma, al no satisfacer las características propias de la depreciación de la moneda y al tener un origen y una finalidad diferente la generación de la sanción mora por pago tardío de las cesantías, de allí que determinó la incompatibilidad de las dos figuras, toda vez que de no ser así se constituiría en una doble sanción para la administración, haciendo más gravosa la situación de la entidad.

De otra parte, reitera la imposibilidad que la entidad que representa sea condenada en costas, pues afirma que conforme al artículo 365 del Código General del proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede, máxime cuando los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente.

En ese orden de ideas solicita al Despacho que, de acceder a las pretensiones de la demanda, no se reconozca la indexación de la sanción moratoria ni se condene en costas conforme con los argumentos expuestos.

4.3. Agente del Ministerio Público

¹ El correo electrónico fue enviado el martes 31 de agosto de 2021 a las 8:56 p.m., razón por la cual se entiende presentado al día hábil siguiente.

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Frente a la excepción de improcedencia de la indexación de la sanción moratoria, este Despacho considera que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda, sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera constituye excepción de mérito que impida resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

En relación con la improcedencia de condena en costas, cabe advertir que no constituye un medio exceptivo, sino un aspecto inherente al ejercicio de la acción.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

5.2.1. Resolución No. 793 del 05 de febrero de 2019, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 07 de junio de 2018 (fls. 18 y 19).

5.2.2. Comprobante de pago expedido por el Banco BBVA, donde consta que el pago de la cesantía definitiva reconocida a la demandante, quedó a su disposición a partir del 14 de marzo del 2019 (fl. 20).

5.2.3. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2019-67211 del 12 de abril de 2019, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el que la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora (fls. 21 y 22).

5.2.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo en la Procuraduría 135 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida (fls. 23 y 24).

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Tal como se dispuso en auto del 26 de agosto de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el 12 de abril de 2019, ii) si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamadas por la actora.

5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

La apoderada de la parte actora deprecia la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por la demandante el 12 de abril de 2019, mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 12 de abril de 2019, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

***“Artículo 83. Silencio Negativo.** Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.*

(...)

5.4.1. NORMATIVIDAD QUE REGULA LA MORA EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS.

Mediante la **Ley 244 del 29 de diciembre de 1995**, se estableció la sanción por el no pago de la cesantía, consistente en una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último por el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía.

Así, el artículo 1° consagra que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley”*.

Por su parte, el artículo 2° dispone: *“La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías 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 éste.”

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, *“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” estableció en su artículo 4° que “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”. (Negrillas del Despacho)*

A su vez, el artículo 5° estableció “**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.” (Negrillas fuera del texto original)*

De los artículos transcritos se deduce que si se trata del reconocimiento de cesantías **definitivas o parciales**, la entidad pública obligada al reconocimiento y pago dispone de un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de solicitud de liquidación de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.

Se observa así mismo que las normas no contemplan ninguna excepción a la aplicación de la sanción y, en tal virtud, cobijan a los servidores públicos de todos los órdenes, dentro de los que se encuentran los docentes, calidad que ostenta la demandante.

5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017², en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.

9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989[71].

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la

² Corte Constitucional – Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017, M. P. Dr. Iván Humberto Escruceria Mayolo, Expedientes T-5.799.348, T-5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180.

intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución". (Resaltado fuera del texto original).

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia CE-SUJ-012 SU del 18 de julio de 2018, proferida dentro del proceso No 73001-23-33-000-2014-00580-01, Demandante Jorge Luis Ospina Cardona, Demandados: Nación-Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima **UNIFICÓ** los siguientes aspectos en torno al tema de la sanción moratoria: i) la categoría de servidor público de los docentes ii) la exigibilidad de la sanción por mora iii) salario de liquidación e iv) indexación de la sanción moratoria.

5.5. CASO CONCRETO.

El caso en estudio se analizará bajo los criterios de unificación referidos en la sentencia anteriormente mencionada, así:

5.5.1. Categoría de servidora pública de la actora.

Afirma la Sección Segunda del Consejo de Estado que “...los docentes 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.”

En ese sentido, señala 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...”.

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora Ana Carolina Angarita Rodríguez, ostentó la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía definitiva, prestaba sus servicios como docente de vinculación distrital – Sistema General de Participaciones (fl. 18), calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de 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.

5.5.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

En la sentencia de unificación referida, se determinaron las siguientes hipótesis para establecer el momento de exigibilidad de la mora, así:

Petición sin respuesta (70 días posteriores a la petición), ii) Acto escrito extemporáneo- después de 15 días- (70 días posteriores a la petición), iii) Acto escrito en tiempo, notificado personalmente (55 días posteriores a la notificación), iv) acto escrito en tiempo notificado de forma electrónica (55 días posteriores a la notificación), v) acto escrito en tiempo notificado por aviso (55 días posteriores a la notificación), vi) acto escrito en tiempo sin notificar o notificado fuera de término (67 días posteriores a la expedición del acto, vii) acto escrito –renunció a la notificación (45 días desde la renuncia y viii) acto escrito-interpuso recurso- (45 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso).

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 793 del 05 de febrero de 2019 (fls. 18 y 19) la demandante solicitó el pago de sus cesantías definitivas el **07 de junio de 2018**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **29 de junio de 2018**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **05 de febrero de 2019**, esto es, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles desde el **08 de junio de 2018**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías definitivas debió realizarse a más tardar el **20 de septiembre de 2018**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **14 de marzo de 2019**, como consta en desprendible de pago expedido por el Banco BBVA, obrante a folio 20 del expediente, incurriéndose en mora del **20 de septiembre de 2018 al 13 de marzo de 2019**.

5.5.3. Salario base de liquidación.

En la sentencia de unificación se precisó que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria varía según se trate de cesantías parciales o definitivas.

Así, para las cesantías parciales 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.

Por su parte, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las cesantías definitivas, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en la que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas.

Al respecto, siguiendo la línea jurisprudencial que fundamenta la presente decisión, como en el caso que nos ocupa se trata de la sanción originada en el incumplimiento de la entidad demandada respecto de una cesantía **definitiva**, la asignación básica salarial a tenerse en cuenta será la percibida para la época en que se produjo el retiro definitivo del servicio.

Ahora bien, se lee en la Resolución No. 793 del 05 de febrero de 2019, que la actora se desvinculó del servicio a partir del **25 de febrero de 2016**, razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en dicha fecha.

5.5.4. De la indexación de la sanción moratoria. Variación del criterio adoptado por el Despacho.

Al respecto, el Consejo de Estado en la sentencia que se viene de leer, en punto a la indexación del valor a pagar por sanción moratoria en los casos de docentes, señaló:

(...) 184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una penalidad económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.

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.**

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.**

(...)”.

Ahora bien, en sentencia del **26 de agosto de 2019**³, dicha Corporación Judicial se ocupó de precisar la frase consignada en la sentencia arriba citada que indica “...Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.”, debido a que había lugar a varias interpretaciones, señalando sobre el particular:

“(..)

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que ‘(...) Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.(...)’, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1)si hay lugar a aplicar el

³ Sección Segunda – Subsección “A” Exp. No. 68001-23-33-000-2016-00406-01, No. Interno: 1728-2018, Demandante: Aurora del Carmen Rojas Álvarez Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, M.P. William Hernández Gómez.

artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia -art. 187 -y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

(...)”.

Así las cosas y dado que esta Juzgadora era del criterio que en ningún caso había lugar a la indexación moratoria, varía dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual desde el momento que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia procede la indexación del artículo 187 del C.P.A.C.A.

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **15 de marzo de 2019** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la señora Ana Carolina Angarita Rodríguez el 12 de abril de 2019, al encontrarse incurso en causal de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías definitivas, equivalente a un día de salario por cada día de

retardo, por el lapso comprendido entre el **20 de septiembre de 2018 y el 13 de marzo de 2019**.

El valor del salario es el vigente para el **25 de febrero de 2016**, fecha de retiro del servicio, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dicho mes y año.

5.6. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*⁴; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*⁵; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁶.

De conformidad con la normatividad en mención, la demandante contaba con tres años para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de su cesantía definitiva, término que inició a correr a partir desde su exigibilidad.

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía definitiva, se hizo exigible a partir del **20 de septiembre de 2018** y la señora Ana Carolina Angarita Rodríguez formuló reclamación administrativa el **12 de abril**

⁴ **ARTICULO 41.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

⁵ **ARTICULO 102. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.** 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

⁶ **Artículo 151.** Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales, prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual.

de 2019 (fls. 21 a 22), en tanto la demanda se presentó el **25 de octubre de 2019** (fl. 25), de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.7. COSTAS

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que, en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe, por lo cual no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta respecto de la petición elevada el **12 de abril de 2019**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2019-67211.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el No. **E-2019-67211 del 12 de abril de 2019**, a través de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías definitivas.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE

PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **ANA CAROLINA ANGARITA RODRÍGUEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.075.653.772, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías definitivas, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **20 de septiembre de 2018 y el 13 de marzo de 2019**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para el **25 de febrero de 2016**, fecha de retiro del servicio, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dicho mes y año.

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **15 de marzo de 2019 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin condena en costas a cargo de la entidad demandada.

SEXTO: Exhortar a la Ministra de Educación Nacional, al Director del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Gerente de la Fiduprevisora S.A. como sujetos garantes del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes estatales y de la administración de los recursos de dichas prestaciones, respectivamente, que adopten los correctivos necesarios frente a la tardanza que se presenta en el reconocimiento y pago de las cesantías de los educadores y así evitar la sanción moratoria.

SÉPTIMO: Por Secretaría dese cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 ibídem.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la

actora excepto los ya causados, a petición de la misma.

Notifíquese y Cúmplase

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ**



Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

12e394dc8cab2c78e18170f3d0acaf42cc53196824ab9158fdcd4191e24f3f33

Documento generado en 24/09/2021 03:23:02 p. m.

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO DIECIOCHO DE ORALIDAD ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-2020-00009-00
Demandante: **MARÍA YANETH RINCÓN PÉREZ**
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **MARÍA YANETH RINCÓN PÉREZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.946.515, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

(i) Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 2 de marzo de 2019, frente a la petición elevada el 30 de noviembre de 2018, por medio de la cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías.

(ii) Declarar que la actora tiene derecho a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados

desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que le hicieron efectivo el pago.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a:

(iii) Reconocer y pagar a la demandante la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

(iv) Reconocer y pagar los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

(v) Reconocer y pagar los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reconocida en la sentencia.

(vi) Dar cumplimiento al fallo, tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

(vii) Condenar en costas a la parte demandada conforme con lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A y en el Código General del Proceso.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones la demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

1.2.2. Que el parágrafo 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

1.2.3. Que por laborar como docente en los servicios educativos estatales, la actora le solicitó al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 24 de noviembre de 2015, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Que por medio de la Resolución No. 3041 del 25 de mayo de 2016, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 30 de agosto de 2016, por intermedio de entidad bancaria.

1.2.5. Que el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006, estableció que dentro de los 15 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, y el artículo 5° ibídem, contempló 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 al servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido por el Fondo Nacional de Ahorro.

1.2.6. Que la actora solicitó la cesantía el 24 de noviembre de 2015, siendo el plazo para pagarla el día 7 de marzo de 2016, pero se realizó el pago el 30 de agosto de 2016, por lo que trascurrieron 176 días de mora

contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelarla hasta el momento en que se efectuó el pago.

1.2.7. Que el 30 de noviembre de 2018, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

II NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Sostiene que la entidad demandada al hacer el pago de la cesantía de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ha menoscabado las disposiciones que regulan la materia, por cuanto se ha demorado en algunos eventos 4 o 5 años, para su reconocimiento.

Manifiesta que las Leyes Nos. 244 de 1995 y 1071 de 2006, mediante las cuales se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, establecieron un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor después de expedido el acto administrativo de reconocimiento; sin embargo, pese a que la jurisprudencia ha establecido que el reconocimiento y pago no debe superar los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el Fondo Prestacional del Magisterio cancela por fuera de los términos establecidos la referida prestación, lo que genera una sanción para la entidad, equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a dichos 70 días.

Refiere que la demandante tiene la calidad de docente nacional o nacionalizado, razón por la cual la prestación fue reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 y, por ende, la sanción moratoria solicitada está a cargo de la entidad demandada.

Agrega que el espíritu de la Ley 1071 de 2006, al establecer un término perentorio para el reconocimiento y pago de la cesantía de la actora, está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 65 días después de haber realizado la petición, haciéndose el Fondo Prestacional del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

Aduce que la contabilización adicional de los 5 días, a los 60 días que contempla la Ley señalada anteriormente, con el con el objeto de agotar el procedimiento de reconocimiento y pago de la cesantía, obedece a la necesidad de contabilizar el término necesario para que el acto administrativo que reconoció la prestación quede debidamente ejecutoriado conforme lo establece la Ley.

III. CONTESTACION

El auto admisorio de la demanda fue notificado el 25 de febrero de 2021 razón por la cual el plazo para contestarla feneció el 24 de mayo de 2021, lapso que transcurrió sin pronunciamiento del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

IV. ALEGATOS

4.1 Parte demandante

Se advierte que si bien, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **7 de septiembre de 2021**, la Doctora Paula Milena Agudelo Montaña

presentó alegatos de conclusión, aduciendo que actúa como apoderada de la parte actora, lo cierto es que dicha profesional del derecho no se encuentra reconocida en el plenario y tampoco aportó poder que la faculte para actuar en tal calidad, circunstancia que impide tener en cuenta el referido escrito.

4.2 Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211182212411 del 1 de septiembre de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico el mismo día señaló que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en **171** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

No obstante lo anterior, solicita no acceder a la indexación de la sanción moratoria, de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, jurisprudencia que determinó que la misma tiene su fundamento en el fenómeno económico derivado del proceso de la depreciación de la moneda, mientras que la sanción moratoria nace como penalidad por el pago tardío de las cesantías, concluyendo que la indexación de la sanción moratoria no es procedente de ninguna forma, al no satisfacer las características propias de dicha depreciación y al tener un origen y una finalidad diferente la generación de la sanción mora por pago tardío de las cesantías, de allí que determinó la incompatibilidad de las dos figuras, toda vez que de no ser así se constituiría en una doble sanción para la Administración, haciendo más gravosa la situación de la Entidad.

De otra parte, manifiesta la imposibilidad que la entidad que representa sea condenada en costas, pues afirma que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede, máxime cuando los

argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente.

En ese orden de ideas solicita al Despacho que de acceder a las pretensiones de la demanda, no se reconozca la indexación de la sanción moratoria ni se condene en costas conforme con los argumentos expuestos.

4.3. Ministerio Público.

El señor Agente del Ministerio Público dentro de la oportunidad legal, no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

5.1.1. Resolución No. 3041 del 25 de mayo de 2016, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 24 de noviembre de 2015.

5.1.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2018-184811 del 30 de noviembre de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías.

5.1.3. Desprendible de pago expedido por el Banco BBVA en el que consta que las cesantías parciales de la actora fueron canceladas el 30 de agosto de 2016.

5.1.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 25 de junio de 2019, en la Procuraduría 81 Judicial I para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en la providencia proferida el 26 de agosto de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el 30 de noviembre de 2018 ii) si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamada por la actora.

5.3. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado de la parte actora depreca la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la Administración frente a la petición formulada por la demandante el 30 de noviembre de 2018, mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 30 de noviembre de 2018, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a cuyo tenor:

“Artículo 83. Silencio Negativo. *Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se*

haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

(...)”.

5.3.1. NORMATIVIDAD QUE REGULA LA MORA EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS.

Mediante la **Ley 244 del 29 de diciembre de 1995**, se estableció la sanción por el no pago de la cesantía, consistente en una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último por el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía.

Así, el artículo 1° consagra que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley”*.

Por su parte, el artículo 2° dispone: *“La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías 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 éste.”

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, *“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” estableció en su artículo 4° que “Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías **definitivas o parciales**, por parte de los petitionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley”. (Negrillas del Despacho)*

A su vez, el artículo 5° estableció “**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.” (Negrillas fuera del texto original)*

De los artículos transcritos se deduce que si se trata del reconocimiento de cesantías **definitivas o parciales**, la entidad pública obligada al reconocimiento y pago dispone de un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de solicitud de liquidación de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.

Se observa así mismo que las normas no contemplan ninguna excepción a la aplicación de la sanción y, en tal virtud, cobijan a los servidores

públicos de todos los órdenes, dentro de los que se encuentran los docentes, calidad que ostenta la demandante.

5.3.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017¹, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.

9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera

¹ Corte Constitucional – Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017, M. P. Dr. Iván Humberto Escruceria Mayolo, Expedientes T-5.799.348, T-5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180.

sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989[71].

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución". (Resaltado fuera del texto original).

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia CE-SUJ-012 SU del 18 de julio de 2018, proferida dentro del proceso No 73001-23-33-000-2014-00580-01, Demandante Jorge Luis Ospina Cardona, Demandados: Nación-Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima **UNIFICÓ** los siguientes aspectos en torno al tema de la sanción moratoria: i) la categoría de servidor público de los docentes ii)

la exigibilidad de la sanción por mora iii) salario de liquidación e iv) indexación de la sanción moratoria.

5.4. CASO CONCRETO.

El caso en estudio se analizará bajo los criterios de unificación referidos en la sentencia anteriormente mencionada, así:

5.4.1. Categoría de servidor público de la actora.

Afirma la Sección Segunda del Consejo de Estado que “...los docentes 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.”

En ese sentido, señala 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...”.

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora MARÍA YANETH RINCÓN PÉREZ ostenta la calidad de docente de la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación Nacional –SITUADO FISCAL IED, JUAN EVANGELISTA GÓMEZ, calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es

destinataria de 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.

5.4.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

En la sentencia de unificación referida, se determinaron las siguientes hipótesis para establecer el momento de exigibilidad de la mora, así: Petición sin respuesta (70 días posteriores a la petición), ii) Acto escrito extemporáneo- después de 15 días- (70 días posteriores a la petición), iii) Acto escrito en tiempo, notificado personalmente (55 días posteriores a la notificación), iv) acto escrito en tiempo notificado de forma electrónica (55 días posteriores a la notificación), v) acto escrito en tiempo notificado por aviso (55 días posteriores a la notificación), vi) acto escrito en tiempo sin notificar o notificado fuera de término (67 días posteriores a la expedición del acto, vii) acto escrito –renunció a la notificación (45 días desde la renuncia y viii) acto escrito-interpuso recurso- (45 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso).

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 3041 del 25 de mayo de 2016, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **24 de noviembre de 2015**, razón por la cual, la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es hasta el **16 de diciembre de 2015**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **25 de mayo de 2016**, sea decir, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles desde el **25 de noviembre de 2015**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **7 de marzo de 2016**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **30 de agosto de 2016**, como consta

en el desprendible de pago expedido por el Banco BBVA, incurriéndose en mora desde el **7 de marzo de 2016 hasta 29 de agosto de 2016**.

5.4.3. Salario base de liquidación.

En la sentencia de unificación se precisó que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria varía según se trate de cesantías parciales o definitivas.

Así, para las cesantías parciales 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.

Por su parte, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las cesantías definitivas, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en la que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas.

Al respecto, siguiendo la línea jurisprudencial que fundamenta la presente decisión, como en el caso que nos ocupa se trata de la sanción originada en el incumplimiento de la entidad demandada respecto de una cesantía **parcial**, la asignación básica salarial a tenerse en cuenta será la percibida para la época en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad.

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de la entidad empleadora comprende una anualidad (**7 de marzo de 2016 al 29 de agosto de 2016**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de marzo a agosto de 2016.

5.4.4. De la indexación de la sanción moratoria. Variación del criterio adoptado por el Despacho.

Al respecto, el Consejo de Estado en la sentencia que se viene de leer, en punto a la indexación del valor a pagar por sanción moratoria en los casos de docentes, señaló:

(...) 184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una penalidad económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.

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.***

*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.***

(...)”.

Ahora bien, en sentencia del **26 de agosto de 2019**², dicha Corporación Judicial se ocupó de precisar la frase consignada en la sentencia arriba citada que indica “...Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la

² Sección Segunda – Subsección “A” Exp. No. 68001-23-33-000-2016-00406-01, No. Interno: 1728-2018, Demandante: Aurora del Carmen Rojas Álvarez Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, M.P. William Hernández Gómez.

condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.”, debido a que había lugar a varias interpretaciones, señalando sobre el particular:

“(…)

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que ‘(...) Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.(...)’, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1)si hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2)quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3)aqueellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia -art. 187 -y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

(…)”.

Así las cosas y dado que esta Juzgadora era del criterio que en ningún caso había lugar a la indexación moratoria, varia dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual desde el momento que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia procede la indexación del artículo 187 del C.P.A.C.A.

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **31 de agosto de 2016** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la actora el 30 de noviembre de 2018, al encontrarse incurso en causal de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **7 de marzo de 2016 al 29 de agosto de 2016**.

El valor del salario es el vigente para los meses de marzo a agosto de 2016, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

5.5. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*³; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*⁴; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁵.

De conformidad con la normatividad en mención, la demandante, contaba con tres años para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de su cesantía parcial, término que inició a correr desde su exigibilidad.

³ **ARTICULO 41.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

⁴ **ARTICULO 102. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.** 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

⁵ **Artículo 151.** Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales, prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual.

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía parcial, se hizo exigible a partir del **7 de marzo de 2016** y la señora MARÍA YANETH RINCÓN PÉREZ formuló reclamación administrativa el **30 de noviembre de 2018** en tanto la demanda se presentó el **22 de enero de 2020**, de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.6. COSTAS.

Por último, se condenará en costas a la entidad demandada, pues no ejerció defensa alguna de sus intereses al no contestar la presente demanda.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta, respecto de la petición elevada el **30 de noviembre de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2018-184811.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el No. E-2018-184811 del **30 de noviembre de 2018**, a través de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías parciales.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE

PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **MARÍA YANETH RINCÓN PÉREZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.946.515, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **7 de marzo de 2016 y el 29 de agosto de 2016**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para los meses de marzo a agosto de 2016, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **31 de agosto de 2016 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Condenar en costas al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. En consecuencia por Secretaría liquídense las mismas, incluyendo como agencias en Derecho el 2% de las pretensiones accedidas en la presente sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016. Por Secretaría tásense.

SEXTO: Exhortar a la Ministra de Educación Nacional, al Director del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Gerente de la Fiduprevisora S.A. como sujetos garantes del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes estatales y de la administración de los recursos de dichas prestaciones, respectivamente, que adopten los correctivos necesarios frente a la tardanza que se presenta en el reconocimiento y pago de las cesantías de los educadores y así evitar la sanción moratoria.

SÉPTIMO: Por Secretaría dese cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 ibídem.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora excepto los ya causados, a petición de la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO 027 de hoy 01 de octubre de 2021 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

Firmado Por:

Gloria

Mercedes

Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**195ad8de360a7631f78bccc4f0588b55f64b06b68b4cbeceb4460e8f792a81
03**

Documento generado en 24/09/2021 09:51:37 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO DE ORALIDAD ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2020-00033-00**
Demandante: ANA AMELIA LADINO MUÑOZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **ANA AMELIA LADINO MUÑOZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 24.196.785, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

1.1. Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 15 de febrero de 2019, frente a la petición elevada el 15 de noviembre de 2018, por medio de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías.

1.2. Declarar que la actora tiene derecho a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados

desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que le hicieron efectivo el pago.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a:

1.3. Reconocer y pagar la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que le hicieron efectivo el pago.

1.4. Reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios que se causen a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia que se profiera en el proceso, hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria reclamada.

1.5. Dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C. P. A. C. A.

1.6. Condenar en costas a la parte demandada conforme con lo estipulado en el artículo 188 del C. P. A. C. A. y el C. G. del P.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones la demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

1.2.2. Que el parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

Magisterio, el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

1.2.3. Que por laborar como docente en los servicios educativos estatales, la actora le solicitó al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 25 de abril de 2017, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Que por medio de la Resolución No. 5472 del 25 de julio de 2017, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 28 de septiembre del mismo año, por intermedio de entidad bancaria.

1.2.5. Que el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006, estableció que dentro de los 15 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, y el artículo 5° ibídem, contempló 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 al servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido por el Fondo Nacional de Ahorro.

1.2.6. Que la actora solicitó la cesantía el 25 de abril de 2017, siendo el plazo para pagarla el día 10 de agosto de dicho año, pero se realizó el 28 de septiembre de 2017, por lo que trascurrieron 47 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelarla hasta el momento en que se efectuó el pago.

1.2.7. Que el 15 de noviembre de 2018, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de

audiencia de conciliación prejudicial, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

1.2.8. Que una vez presentada la reclamación administrativa trascurrieron más de tres meses, sin que la entidad diera respuesta, configurándose el acto ficto o presunto negativo de que trata el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Sostiene que la entidad demandada al hacer el pago de la cesantía de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ha menoscabado las disposiciones que regulan la materia, por cuanto se ha demorado en algunos eventos 4 o 5 años, para su reconocimiento.

Manifiesta que las Leyes Nos. 244 de 1995 y 1071 de 2006, mediante las cuales se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, establecieron un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor después de expedido el acto administrativo de reconocimiento; sin embargo, pese a que la jurisprudencia ha establecido que el reconocimiento y pago no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el Fondo Prestacional del Magisterio cancela por fuera de los términos establecidos la referida prestación, lo que genera una sanción para la entidad, equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 65 días hábiles, después de haber radicado la solicitud.

Refiere que la demandante tiene la calidad de docente nacional o nacionalizado, razón por la cual la prestación fue reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 y, por ende, la sanción moratoria solicitada está a cargo de la entidad demandada.

Agrega que el espíritu de la Ley 1071 de 2006, al establecer un término perentorio para el reconocimiento y pago de la cesantía, está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 70 días después de haber realizado la petición, haciéndose el Fondo Prestacional del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

Aduce que la contabilización adicional de los 15 días, a los 70 días que contempla la ley señalada anteriormente, con el objeto de agotar el procedimiento de reconocimiento y pago de la cesantía, obedece a la necesidad de contabilizar el término necesario para que el acto administrativo que reconoció la prestación quede debidamente ejecutoriado conforme lo establece la ley.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **14 de abril de 2021**, radicado vía correo electrónico el **15 de abril de la misma anualidad**¹, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las siguientes excepciones:

3.1. Improcedencia de la indexación de la sanción moratoria:

Señaló que de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, la indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, aquellas que deben satisfacer mediante el pago de una cantidad determinada entre las que se cuentan, las de índole laboral, en la medida que el fenómeno inflacionario produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda; sin embargo, en cuanto refiere a la sanción moratoria generada por el pago tardío de las cesantías, dicha indexación no es procedente.

¹ Se tiene en cuenta el día siguiente, toda vez que se envió por correo electrónico el “miércoles, 14 de abril de 2021 **7:14 p. m.**” – negrita del Despacho-

3.2. Improcedencia de la condena en costas: Manifestó que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora, a través de escrito allegado el **2 de septiembre de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso: i) la calidad de docente de la demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías parciales, iii) el acto mediante el cual se reconoció la cesantía parcial, iv) la fecha en que se le canceló la prestación reconocida y v) la mora en el pago de la prestación.

Con fundamento en tales presupuestos probatorios, afirma que resulta posible la aplicación al caso concreto de la Ley 1071 de 2006, así como la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, proferida por el Honorable Consejo de Estado.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el No. **20211182213711 del 1 de septiembre de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico el mismo día, señaló que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en **47** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

No obstante lo anterior, solicita no acceder a la indexación de la sanción moratoria, de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, jurisprudencia que determinó que la indexación tiene su fundamento en el fenómeno económico derivado del proceso de la depreciación de la moneda, mientras que la sanción moratoria nace como penalidad por el pago tardío de las cesantías, concluyendo que la indexación de la sanción moratoria no es procedente de ninguna forma, al no satisfacer las características propias de la depreciación de la moneda y al tener un origen y una finalidad diferente la generación de la sanción mora por pago tardío de las cesantías, de allí que determinó la incompatibilidad de las dos figuras, toda vez que de no ser así se constituiría en una doble sanción para la administración, haciendo más gravosa la situación de la entidad.

De otra parte, manifiesta la imposibilidad que la entidad que representa sea condenada en costas, pues afirma que conforme al artículo 365 del Código General del proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede, máxime cuando los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente.

En ese orden de ideas solicita al Despacho que, de acceder a las pretensiones de la demanda, no se reconozca la indexación de la sanción moratoria ni se condene en costas conforme con los argumentos expuestos.

4.3. Ministerio Público

Se advierte que la señora Procuradora Delegada ante el Despacho no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:

Frente a la excepción de **improcedencia de la indexación de la sanción moratoria**, este Despacho considera que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda, sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

En relación con la **improcedencia de la condena en costas**, cabe advertir que no constituye un medio exceptivo, sino un aspecto inherente al ejercicio de la acción.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

5.2.1. Resolución No. 5472 del 25 de julio de 2017, mediante la cual la Secretaría de Educación Distrital reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 25 de abril de 2017.

5.2.2. Petición radicada bajo el No. E-2018-174554 del 15 de noviembre de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la cual la actora deprecó el reconocimiento y pago de la sanción por mora.

5.2.3. Extracto de intereses a las cesantías de la demandante, expedido por la Fiduciaria la Previsora S. A., en el que consta que el 28 de septiembre de 2017, se efectuó el pago ordenado en la Resolución No. 5472 del 25 de julio de 2017.

5.2.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 16 de julio de 2019, en la Procuraduría 157 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Tal como se determinó en providencia del 26 de agosto de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el 15 de noviembre de 2018, ii) si tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamada por la actora.

5.3. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado de la parte actora deprecia la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por la demandante el **15 de noviembre de 2018**, mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 8 de noviembre de 2018, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

“Artículo 83. Silencio Negativo. Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

(...)”.

5.3.1. NORMATIVIDAD QUE REGULA LA MORA EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS.

Mediante la **Ley 244 del 29 de diciembre de 1995**, se estableció la sanción por el no pago de la cesantía, consistente en una multa a cargo

del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último por el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía.

Así, el artículo 1° consagra que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley”*.

Por su parte, el artículo 2° dispone: *“La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías 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 éste.”

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, *“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”* estableció en su artículo 4° que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías **definitivas o parciales**, por parte de los petitionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley”*. (Negrillas del Despacho)

A su vez, el artículo 5° estableció “**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.”* (Negritas fuera del texto original)

De los artículos transcritos se deduce que si se trata del reconocimiento de cesantías **definitivas o parciales**, la entidad pública obligada al reconocimiento y pago dispone de un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de solicitud de liquidación de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.

Se observa así mismo que las normas no contemplan ninguna excepción a la aplicación de la sanción y, en tal virtud, cobijan a los servidores públicos de todos los órdenes, dentro de los que se encuentran los docentes, calidad que ostenta la demandante.

5.3.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017², en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

² Corte Constitucional – Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017, M. P. Dr. Iván Humberto Escruceria Mayolo, Expedientes T-5.799.348, T-5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180.

“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.

9.2. **La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:**

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989[71].

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) **Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.**

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la

Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

*(vi) **Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución***". (Resaltado fuera del texto original).

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia CE-SUJ-012 SU del 18 de julio de 2018, proferida dentro del proceso No 73001-23-33-000-2014-00580-01, Demandante Jorge Luis Ospina Cardona, Demandados: Nación-Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima **UNIFICÓ** los siguientes aspectos en torno al tema de la sanción moratoria: i) la categoría de servidor público de los docentes, ii) la exigibilidad de la sanción por mora iii) salario de liquidación e iv) indexación de la sanción moratoria.

5.4. CASO CONCRETO.

El caso en estudio se analizará bajo los criterios de unificación referidos en la sentencia anteriormente mencionada, así:

5.4.1. Categoría de servidora pública de la actora.

Afirma la Sección Segunda del Consejo de Estado que "...los docentes 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.”*

En ese sentido, señala 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...”.

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora Ana Amelia Ladino Muñoz, ostentó la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía definitiva, prestaba sus servicios como docente de vinculación Distrital, Sistema General de Participaciones, calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de 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.

5.4.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

En la sentencia de unificación referida, se determinaron las siguientes hipótesis para establecer el momento de exigibilidad de la mora, así: Petición sin respuesta (70 días posteriores a la petición), ii) Acto escrito extemporáneo- después de 15 días- (70 días posteriores a la petición), iii) Acto escrito en tiempo, notificado personalmente (55 días posteriores a la notificación), iv) acto escrito en tiempo notificado de forma electrónica (55 días posteriores a la notificación), v) acto escrito en tiempo notificado por aviso (55 días posteriores a la notificación), vi) acto escrito en tiempo sin notificar o notificado fuera de termino (67 días posteriores a la expedición del acto, vii) acto escrito –renunció a la notificación (45 días desde la renuncia y viii) acto escrito-interpuso recurso- (45 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso).

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 5472 del 25 de julio de 2017, la demandante solicitó el pago de sus cesantías definitivas el **25 de abril de 2017**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **17 de mayo de dicho año**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **25 de julio de 2017**, esto es, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **26 de abril de 2017**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías definitivas debió realizarse a más tardar el **10 de agosto de dicha anualidad**, suma quedó a disposición de la actora desde el **28 de septiembre de 2017**, como consta en el Extracto de Intereses a las Cesantías expedido por la Fiduciaria la Previsora S.A., incurriéndose en mora desde el **10 de agosto 2017 hasta el 27 de septiembre del mismo año**.

5.4.3. Salario base de liquidación.

En la sentencia de unificación se precisó que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria varía según se trate de cesantías parciales o definitivas.

Así, para las cesantías parciales 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.

Por su parte, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las cesantías **definitivas**, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en la que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas.

Al respecto, siguiendo la línea jurisprudencial que fundamenta la presente decisión, como en el caso que nos ocupa se trata de la sanción originada en el incumplimiento de la entidad demandada respecto de una cesantía **definitiva**, la asignación básica salarial a tenerse en cuenta será la percibida para la época en que se produjo el retiro definitivo del servicio.

Ahora bien, se lee en la Resolución No. 5472 del 25 de julio de 2017, que la demandante se desvinculó del servicio a partir del **16 de febrero de 2017**, razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en dicha fecha.

5.4.4. De la indexación de la sanción moratoria. Variación del criterio adoptado por el Despacho.

Al respecto, el Consejo de Estado en la sentencia que se viene de leer, en punto a la indexación del valor a pagar por sanción moratoria en los casos de docentes, señaló:

“(...) 184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una penalidad económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.

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.

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.**

(...)

Ahora bien, en sentencia del **26 de agosto de 2019**³, dicha Corporación Judicial se ocupó de precisar la frase consignada en la sentencia arriba citada que indica “...Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.”, debido a que había lugar a varias interpretaciones, señalando sobre el particular:

“(...)

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que ‘(...) Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.(...)’, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1)si hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2)quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3)aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia -art. 187 -y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

(...)

³ Sección Segunda – Subsección “A” Exp. No. 68001-23-33-000-2016-00406-01, No. Interno: 1728-2018, Demandante: Aurora del Carmen Rojas Álvarez Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, M.P. William Hernández Gómez.

Así las cosas y dado que esta Juzgadora era del criterio que en ningún caso había lugar a la indexación moratoria, varia dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual desde el momento que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia procede la indexación del artículo 187 del C. P. A. C. A.

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C. P. A. C. A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **29 de septiembre de 2017**, hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 *ibídem*.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la señora Ana Amelia Ladino Muñoz el 15 de noviembre de 2018, al encontrarse incurso en causal de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías definitivas, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **10 de agosto de 2017 y el 27 de septiembre de la misma anualidad**.

El valor del salario es el vigente para el **16 de febrero de 2017**, fecha de retiro del servicio, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dicho mes y año.

5.5. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la*

integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”⁴; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”⁵; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁶.

De conformidad con la normatividad en mención, la demandante contaba con tres años para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de su cesantía definitiva, término que inició a correr a partir desde su exigibilidad.

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía definitiva, se hizo exigible a partir del **10 de agosto de 2017** y la señora Ana Amelia Ladino Muñoz formuló reclamación administrativa el **15 de noviembre de 2018**, en tanto la demanda se presentó el **13 de febrero de 2020**, de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.6. COSTAS

Se advierte que, si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

⁴ **ARTICULO 41.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

⁵ **ARTICULO 102. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.** 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

⁶ **Artículo 151.** Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales, prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual.

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta respecto de la petición elevada el **15 de noviembre de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2018-174554.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el No. **E-2018-174554 del 15 de noviembre de 2018**, a través de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías definitivas.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **ANA AMELIA LADINO MUÑOZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 24.196.785, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías definitiva, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **10 de agosto de 2017 y el 27 de septiembre de la misma anualidad**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para el **16 de febrero de 2017**, fecha de retiro del servicio, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dicho mes y año.

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **29 de septiembre de 2017 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C. P. A. C. A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin condena en costas a cargo del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEXTO: Exhortar a la Ministra de Educación Nacional, al Director del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Gerente de la Fiduprevisora S.A. como sujetos garantes del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes estatales y de la administración de los recursos de dichas prestaciones, respectivamente, que adopten los correctivos necesarios frente a la tardanza que se presenta en el reconocimiento y pago de las cesantías de los educadores y así evitar la sanción moratoria.

SÉPTIMO: Por Secretaría dese cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C. P. A. C. A.

OCTAVO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 *ibídem*.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora excepto los ya causados, a petición de la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 027 de hoy 01 de octubre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**9c4c16115b9a79de487b6db5b72af820258da6355769a75c9709245bf5f28
c6c**

Documento generado en 28/09/2021 01:41:32 p. m.

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>