



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

Bogotá, D.C., cuatro (4) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00039-00**
Demandante: **ROBERTO CARLOS RUÍZ GÓMEZ**
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA
NACIONAL
Asunto: SENTENCIA

El señor **ROBERTO CARLOS RUÍZ GÓMEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.719.972, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda en contra del **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - ARMADA NACIONAL**, correspondiendo dictar sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES Y HECHOS.

Las pretensiones y los hechos en que se sustenta la demanda fueron precisados en la Audiencia Inicial, llevada a cabo el 10 de diciembre de 2019, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

II. NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos los artículos 13, 15, 22, 25 y 29 de la Constitución Política; 100 (numeral 8) y 104 del Decreto Ley 1790 de 2000; 1, 3 y 41 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA); 4, 5, 6, 9, 13, 17 de la Ley 734 de 2002, 5, 100 y 104 de la Ley 1862 de 2017, estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

2.1. Falsa motivación

Afirmó que el acto administrativo demandado adolece de vicios, dado que sus fundamentos son producto de juicios subjetivos del jefe de la Jefatura Jurídica Integral, que no fueron discutidos en sede administrativa antes del retirar del servicio activo de las fuerzas temporales al Capitán de Fragata demandante.

Precisó que, mediante el Oficio No. 15080R/MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JETUR-1.10, el jefe jurídico de la Armada Nacional condenó al demandante y le imputó falta de rectitud, decoro, responsabilidad y dignidad enunciando 13 circunstancias que lo llevan a la conclusión de "*carencia de principios y valores militares*", el cual contiene motivos falsos, tales como:

- 1) Las Resoluciones No. 3, 4 y 5 fueron suscritas por el contraalmirante Mario Germán Rodríguez Viera, Jefe de la Oficina de Formación Instrucción y Educación Naval, con la antefirma del Capitán de Fragata Jorge Molano Pinedo, de la oficina de Planeación y Educación, Sargento Segundo Hamurabis Varela Diaz Jefe de presupuesto JINEM, Cabo Segundo Alejandro Bohórquez - Coordinador de Apoyos Económicos Grupales y la abogada Nancy Rodríguez Torres de la oficina jurídica JINEM e Infante de Marina Andrés Romero de la oficina de Contratación.
- 2) Las posibles irregularidades en los actos administrativos no pueden ser atribuidas al actor, por cuanto no proyectó, expidió o aprobó las Resoluciones No. 3, 4 y 5 de 2018.
- 3) La elaboración de los estudios fue realizada por el Sub Oficial Pablo Mela Fajardo, de la Oficina de Planeación y el actor efectuó una revisión en calidad de Asesor de Comando de la Base (Abogado), por orden directa del Señor Capitán de Fragata Jorge Molano.
- 4) No es cierto que las actas de los Comités de Capacitación se hayan surtido en forma anómala, toda vez que el actor las suscribió como usuario de un servicio, por lo tanto, su actuación es completamente regular y no obedece al desarrolló de sus funciones, sino al ejercicio

de un derecho, además funcionalmente participaron en dichos comités el Jefe de la Oficina de Planeación JINEM y la abogada Nancy Molano en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de JINEM.

Señaló que consuetudinaria y reglamentariamente, los destinatarios de capacitaciones suscriben actas individuales en las que se dan por enterados de la novedad, de tal manera que, la firma del actor en dos actas referidas a capacitaciones de interés para la contratación estatal, no puede interpretarse como irregular y menos como decisoria o de afectación del gasto, puesto que la capacitación está consagrada como un deber del servidor público en el numeral 40 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002.

- 5) Los estudios previos realizados por el Sub Oficial Pablo Mela Fajardo, de la Jefatura de Planeación Logística y revisados por el actor no contienen error, como tampoco lo inducen. Además, dichos estudios fueron sometidos a un proceso de revisión posterior por parte de la servidora pública Nancy Rodríguez (Jefe de Oficina Asesora Jurídica), quien efectuaba el control de legalidad de todos los documentos sometidos al conocimiento del contraalmirante Mario Germán Rodríguez Viera y quien en sede disciplinaria interna manifestó bajo la gravedad del juramento que antes y después de la expedición de las resoluciones mencionadas, se han adoptado otras, surtiendo exactamente el mismo proceso.

Indicó que no puede atribuirse que la firma del demandante indujera a error, dado que en el procedimiento para adoptar resoluciones intervinieron otras personas, inclusive la señora directora de la Oficina Jurídica. Adicionalmente, antes y después de las resoluciones se han tramitado y suscrito otras, sin la más mínima intervención del actor.

De otra parte, la aseveración de inducir en error, implica, una presunción de dolo e intención fraudulenta que no se ha probado y, contrario sensu, se materializa en la vulneración de los principios constitucionales de presunción de inocencia y buena fe.

- 6) Los certificados de disponibilidad presupuestal dan cuenta de la existencia de aprobación previa de los recursos destinados a las capacitaciones y quien suscribe las Resoluciones Nos. 3, 4 y 5 lo hace en calidad de delegado para la afectación presupuestal.

La afectación presupuestal para las actividades legales de capacitación, en cuanto a derecho y obligación, para los servidores públicos, estuvieron amparadas con los pertinentes certificados de disponibilidad, según verificaciones realizadas por quienes intervinieron en la elaboración de las resoluciones.

- 7) Los contratos a los que alude el jefe de la Jefatura Jurídica Integral no existen. En gracia de claridad se precisa que quien ordenó la afectación presupuestal fue el contraalmirante Mario Germán Rodríguez Viera, Jefe de la Oficina de Formación Instrucción y Educación Naval.

- 8) La asignación de los recursos en forma individual o grupal no era un asunto de competencia del actor, pues firmó como beneficiario el acta de capacitación para *"Actualización sobre legislación, jurisprudencia, disposiciones vigentes, cambios en los procesos contractuales y actualizaciones derivadas del decreto único reglamentario 1082 de 2015, así como el debido manejo de la plataforma SECOP 11"*.

En ese sentido, sostuvo que ninguna irregularidad puede presumirse de tal hecho, comoquiera que al igual que los demás servidores públicos de la Armada, tenía el deber de capacitarse en asuntos que contribuyan al cumplimiento de sus obligaciones, tal como lo preceptúa el numeral 40 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, máxime si se tiene presente que no actuó como ordenador del gasto, sino como asesor de comando.

Indicó que las directivas JINEN distinguen entre *"educación individual"* y *"capacitación grupal"*. La primera categoría responde al derecho de los servidores públicos a recibir educación y, para el efecto, pueden elegir la institución de educación formal o no, y matricularse un programa, pudiendo la Jefatura de Instrucción y

Educación subvencionar total o parcialmente, el costo, mientras que en la categoría de "*capacitación grupal*", la finalidad es diferente, está referida al "*deber*" de instrucción o capacitación de los servidores de la Armada para el cumplimiento de sus funciones.

Aludió que el punto de partida del procedimiento JINEN para capacitaciones grupales es una matriz o formato de identificación de necesidades, para este caso, la elaborada en noviembre de 2017, suscrita por el señor Contra Almirante señor Camilo Gómez Becerra.

9) Las empresas enunciadas en los documentos para iniciar trámites de capacitación, ya habían sido proveedoras de dichos servicios y las tres instituciones que presentaron cotizaciones u ofertas tenían buenos antecedentes (experiencia) de contratación estatal y afirmar que sólo las universidades reconocidas por el Estado están habilitadas para "*capacitar*" al personal de las fuerzas armadas es falso.

10) Las cotizaciones de las empresas no fueron solicitadas por el accionante sino por el señor suboficial Melo Fajardo, quien en sede disciplinaria declaró bajo la gravedad del juramento que para la época de los hechos no pudo establecer contacto con universidades, debido a que se encontraban en vacaciones y que las empresas que cotizaron habían tenido contratos previamente con la Armada Nacional. Adicionalmente declaró que los estudios previos debían elaborarse antes de la entrada en vigencia de la ley de garantías.

Señaló que existen establecimientos y programas de educación formal y de educación no formal y las empresas determinadas en los estudios previos y resoluciones de capacitación grupal están dentro de la segunda categoría, de conformidad con el Decreto 114 de 1996, amén que la educación no formal hace parte del servicio público educativo y responde a los fines de la educación señalados en el artículo 5 de la Ley 115 de 1994.

11) Las cotizaciones no fueron realizadas por el actor y dentro del proceso disciplinario que avanza en contra del demandante, aparecen cuadros comparativos de cotizaciones.

- 12) La designación del Señor Teniente de Navío Andrés Bello como supervisor de los recursos destinados a la capacitación no fue realizada por el demandante y llama la atención la afirmación, según la cual, el señor Andrés Bello no fue beneficiario de las capacitaciones.
- 13) La revocatoria de los actos administrativos fue una decisión del mando institucional, dado que el demandante junto con el Capitán de Fragata Jorge Eduardo Molano Pinedo recibieron órdenes verbales del Señor Contraalmirante Camilo Hernando Gómez Becerra, para invalidar o revocar las Resoluciones Nos. 03, 04 y 05 de 2018, quienes le reportaron por escrito el resultado de sus diligencias en tal sentido.

2.2. Indebida o errada aplicación - interpretación o hermenéutica sistemática (el alcance y sentido de las normas se establece en consideración al contenido de otras).

Manifestó que las facultades discrecionales deben ejercerse consultando los fines de las normas que las autorizan y, en el caso concreto, *"el mejoramiento del servicio"*, por cuanto, no pueden sustituir o implementar los efectos previstos en otras normas especiales.

Adujo que para sancionar las ignominiosas aseveraciones que se hacen en contra del oficial, como justificación para desvincularlo de la Institución, se establece que debió darse aplicación a lo dispuesto en los artículos 108 y 11 del Decreto Ley 1790 de 2000, puesto que el artículo 104, no era el jurídicamente aplicable a las premisas de hecho enunciadas en la resolución y en las actas.

Refirió que la entidad demandada quebrantó la aludida normatividad, por omisión e ignorancia supina al asegurarse como *"verdad revelada"* o *"palabra divina"* que sólo las universidades pueden suministrar servicios de capacitación, aspecto que, por demás, pone en entredicho la licitud de plurales resoluciones que ha adoptado la Armada para *"capacitaciones grupales"* a favor de entidades de educación no formal, en las que el demandante no tuvo absolutamente ninguna participación.

2.3. Violación del derecho de audiencia y de defensa.

Indicó que con el acto administrativo acusado se impuso una sanción al demandante por haber revisado un estudio previo que no fue elaborado él, tal como se colige del testimonio del Suboficial Melo Fajardo, autor del plurimencionado documento y por la expedición de actos administrativos que no fueron elaborados, proyectados, ni analizados, puesto que, tales actuaciones fueron adelantadas por suboficiales, oficiales y funcionarios que sospechosamente no fueron llamados a responder por las presuntas "infracciones" derivadas de la expedición y trámite de la asignación de recursos para capacitación.

Aludió que los documentos a lo que hace referencia que fueron suscritos por el Jefe de Formación, Instrucción y Educación Naval, el Jefe de presupuesto JINEN, el Coordinador de Apoyos Económicos Grupales, la Asesora Jurídica JINEN y el auxiliar de contratación y convenios JINEN, son las Resoluciones Nos. 03, 04 y 05, todas de 2018.

2.4. Ignorancia supina de la ley y de hechos notorios.

Sostuvo que al aseverar que sólo las universidades reconocidas por el Estado están habilitadas para "capacitar" al personal de las fuerzas armadas (ninguna o muy pocas tienen en sus programas cursos de buceo o de mantenimiento de naves), se desconoció la norma y la realidad abrumadora del mercado.

III. CONTESTACIÓN

El apoderado de la entidad demandada, mediante escrito del **19 de junio de 2019**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

3.1. De la facultad discrecional.

Manifestó que el acto administrativo cuya nulidad se pretende en el asunto bajo estudio, por medio del cual se desvinculó del servicio al demandante, goza de presunción de legalidad, toda vez que fue expedido con fundamento

en los artículos 99, 100 y 104 del Decreto Ley 1790 del 2000, que faculta al nominador para retirar discrecionalmente, en cualquier tiempo, al personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, amén que se le endilga que al parecer firmó resoluciones sin estar facultado para ello, calificándolo como posible autor de conductas ilícitas.

Adujo que el demandante posiblemente usurpó funciones de otra persona, sin autorización, lo que conduce a procesos disciplinarios y penales, los cuales ya deben estar registrados en su folio de vida, por lo cual, el demandante no puede aducir que no tenía conocimiento de lo que podía suceder administrativamente y que ocasionó su retiro discrecional de la fuerza militar.

Afirmó que los actos administrativos preparatorios, de ejecución y comunicación cumplieron lo dispuesto en la Ley 1790 del 2000, razón por la cual no se vulneró el debido proceso del demandante, los derechos a la igualdad o al trabajo, máxime cuando el acto administrativo acusado no tiene el carácter de sancionatorio, toda vez que deviene de actos preparatorios, los cuales originan en un acto discrecional plenamente justificado.

Precisó que el demandante no gozaba de un derecho adquirido sobre el cargo, ya que la naturaleza funcional del oficio conlleva la disponibilidad para la remoción de su personal, facultad que obedece a la buena prestación del servicio, no la penalización de faltas o la sanción por las mismas.

Refirió que el procedimiento utilizado por la entidad para disponer del retiro del servicio del demandante se desarrolló dentro de los parámetros que la norma establece, dado que, está antecedido de la recomendación efectuada por el Comité de Evaluación, previsto en los artículos 99, 100, 104 del Decreto 1790 de 2000 y fue emitido por la autoridad competente, esto es, el Ministro de Defensa Nacional, en uso de una facultad discrecional, consagrada por la ley como causal especial de retiro temporal con pase a la reserva, sin pérdida del grado militar de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas, que autoriza la desvinculación de sus miembros ya sea

oficiales o suboficiales, independientemente del tiempo de servicio prestado y la conducta observada.

Indicó que, en el *sub examine*, por medio de Acta 464 del 2018, se realizó el Comité Evaluador para el retiro discrecional del actor, en la cual se recomendó el retiro del servicio activo de la fuerza y a través del Acta No. 003 del mismo año, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, igualmente recomienda el retiro del oficial, teniendo como base el estudio documental realizado, lo que condujo a la expedición de la Resolución No. 3625 del 24 de mayo del 2018, acto enjuiciado en la presente controversia.

Aludió que resulta de extrema gravedad para la fuerza las conductas realizadas por el actor, pues de ninguna manera son justificables, toda vez que, su investidura como militar y como servidor público no pueden ser utilizadas para firmar contratos sin la autorización o la facultad para ello, actuación que, además, genera un flagrante delito tal y como taxativamente se consagra el artículo 409 del Código Penal “*INTERÉS DEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS*”.

3.2. De la pérdida de confianza.

Sostuvo que el Ministerio de Defensa Nacional por su función constitucional debe contar con personal de absoluta confianza cuando se trata de celebración de contratos entre la entidad y los particulares; sin embargo, el actor con su actuar, atentó contra los principios de confianza legítima y buena fe, generando una grave afectación al servicio, derivado de la seguridad para realizar el procedimiento que lleva inmerso un proceso de contratación, toda vez estamos hablando del patrimonio del Estado.

Manifestó que la buena fe, se traduce en una obligación de las partes contratantes que les exige actuar rectamente, de forma honrada y honesta, guardando lealtad al Ministerio de Defensa Nacional - Armada Nacional, sin intención de dañar u "oscurecer" las cláusulas acordadas, obligándose a observar una determinada actitud de respeto y lealtad en el tráfico jurídico, ya sea que se actúe en el ejercicio de un derecho como de una obligación.

Adujo que, en el fondo, se hace referencia a valores tradicionales y esenciales para el ordenamiento jurídico, como son: la confianza, la lealtad, la honradez o la rectitud. Estos deberes son recíprocos y expresan un espíritu de colaboración y confianza aplicables a cualquier disciplina y con ello, se impide a las partes actuar motivadas por interés particular o exclusivo, que haga perder el sentido de utilidad común que debe informar a los actos jurídicos.

Afirmó que en el ámbito laboral, la buena fe traerá aparejada la protección del contratante diligente y que actúa fundado en un proceder correcto, sin que exista fraude o dolo en su obrar, de este modo, el contratante debe tener una conducta y voluntad acorde a los cánones de la legalidad y justicia, por lo tanto, el ejercicio discrecional para retirar a un funcionario del servicio no implica un juicio disciplinario en el que se juzgue su conducta, como tampoco es objeto de revisión, si el funcionario cuenta con innumerables felicitaciones, como quiera que estas circunstancias no generan inamovilidad del cargo, en la medida que pueden existir factores de buen servicio que aconsejen el retiro del mismo.

3.3. Ausencia de desviación de poder.

Precisó que la doctrina administrativa determina que para que se configure el denominado "*Desvío o Desviación de poder*", es menester que la Administración Pública en el ámbito de sus competencias, no importa en cabeza de quién esté, tenga la intención de tomar una decisión, que se adopta persiguiendo un fin diferente del previsto por el legislador al otorgarla. Este tipo de fines diferentes han sido igualmente considerados por la doctrina y jurisprudencias como aquellos que atañen a propósitos económicos, partidistas o ideológicos, que en nada se presentan en el caso que hoy se debate.

Refirió que el Gobierno Nacional determina libremente a qué Oficiales decide llamar a calificar servicios, o a hacer cursos, a salir al exterior, o al acto del servicio que estime conveniente para los intereses institucionales decisiones que en ningún momento obedecen a un querer personal de sancionar, premiar, ser subjetivo o algo similar, como quiera que, es

diferente cumplir la ley, que querer que esta nos favorezca por simple capricho.

Indicó que en reiterada jurisprudencia, se estableció que los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional, gozan de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se presume que es ejercida en aras del buen servicio, de modo tal, que quien atribuya lo contrario, deberá demostrar que el acto se inspiró en razones ajenas o distintas al espíritu del legislador, lo que conduce a concretar o especificar cuáles fueron los verdaderos motivos que considera tuvo la administración para expedir el acto enjuiciado.

3.4. De la carga de la prueba en la desviación de poder.

Señaló que el demandante no aportó prueba alguna que demuestre que la entidad demandada procedió con desviación de poder o falsa motivación, ya que lo único que se observa es que actuó dentro de sus competencias y conforme a la ley.

3.5. Ausencia de falsa motivación.

Aludió que la resolución en la cual se decidió retirar el servicio activo al demandante, se generó por parte de la Administración con el lleno de los requisitos legales y constitucionales establecidos para el efecto, situación que además hace que el acto sea perfectamente legítimo y además desprovisto de características que lo pudieran viciar.

Sostuvo que las consideraciones plasmadas en el acto administrativo que se pretende anular, no solo son referencias normativas como lo afirma el demandante, puesto que contiene una pormenorizada explicación de los aspectos tenidos en cuenta para adoptar la decisión plasmada en el resuelve de dicho acto administrativo.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

El apoderado del actor, a través del escrito allegado vía correo electrónico el **30 de agosto de 2021**, reiteró las pretensiones, los hechos en que se sustentan las mismas y los argumentos expuestos en el concepto de violación de libelo, afirmando que la contestación de la demanda lejos de desvirtuar lo expuesto, se ratifica y se sostiene que contra el actor se adelanta un proceso disciplinario y se promoverá acción penal o lo que es lo mismo, se sostiene la sospecha de culpabilidad y prácticamente se anuncia que será condenado por los hechos que se aduce conllevaron a su retiro de la institución.

Manifestó que en el proceso disciplinario, han transcurridos más de tres (3) años; sin embargo, no ha sobrepasado la etapa de investigación y del proceso penal no se tiene noticia.

Adujo que al plenario se aportó la documentación que sirve para reconstruir y verificar los hechos de la demanda, los cuales no fueron desvirtuados por la entidad demandada, resaltando que se recepcionó el testimonio del señor oficial Molano Pinedo, quien bajo la gravedad del juramento dio fe sobre la veracidad de los hechos de la demanda y el Despacho ofició para que se pusiese a su disposición copia del trámite disciplinario y se le informase su estado.

Afirmó que se encuentra demostrado, que la causa del acto administrativo cuya nulidad se demanda, fue sancionarlo con destitución sin fórmula de juicio y no propiamente el mejoramiento del servicio o la consecución de los fines del Estado.

4.2. Parte demandada

El apoderado de la entidad demandada, a través del escrito allegado vía correo electrónico el **20 de agosto de 2021**, solicitó que no se acceda a las súplicas de la demanda, y reiteró lo anotado frente a: i) la pérdida de confianza; ii) la ausencia de desviación de poder; iii) la carga de la prueba y iv) la ausencia de la falsa motivación, concluyendo que se encuentra

demostrada la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo demandado.

4.3. Ministerio Público.

Se advierte que el señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES.

5.1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

El artículo 165 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone los medios probatorios que pueden ser útiles al juez para formar el convencimiento de la decisión que debe adoptar en el litigio, entre los que se encuentra, la prueba trasladada, la cual está contenida en el artículo 174 del C. G. del P., así:

“Artículo 174. Prueba trasladada y prueba extraprocesal.

Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas. La misma regla se aplicará a las pruebas extraprocesales.

La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan”.

En ese sentido, previéndose que las pruebas practicadas dentro de la investigación disciplinaria No. 023-I.D.-JINEN-2018, adelantada en contra del señor Roberto Carlos Ruiz Gómez, cuyo origen deviene de los mismos hechos que fundamentaron los actos administrativos demandados y en virtud de lo deprecado por el apoderado del actor en el escrito demandatorio, se ordenó incorporar al expediente las pruebas recaudadas en la aludida investigación, con el objeto de esclarecer los hechos y las conductas que condujeron a la entidad demandada a hacer uso de la facultad discrecional,

actuación que, vale la pena aclarar, permitió a las partes que surtieran la contradicción frente a las mismas.

Ahora, es menester precisar que, si bien las actuaciones que se llevaron a cabo dentro de la aludida investigación disciplinaria fueron declaradas nulas parcialmente, mediante Auto del 23 de diciembre de 2020, proferido por el Contralmirante Harry Ernesto Reyna Niño, Jefe de Formación, Instrucción y Educación Naval, a partir del auto del 16 de agosto de 2019, lo cierto es que las pruebas que allí se practicaron conservaron validez, tal como lo preceptúa el artículo 228 de la Ley 1862 de 2017, *“Por la cual se establecen las normas de conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar”*, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 228. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD. La declaratoria de nulidad afectará la actuación disciplinaria desde el momento en que se presente la causal. Así lo señalará el funcionario competente y ordenará que se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo para que se subsane lo afectado.

La declaratoria de nulidad de la actuación disciplinaria no invalida las pruebas practicadas y allegadas legalmente”
(negrita del Despacho).

Así las cosas, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 176 del C. del P., esta Juzgadora apreciará en conjunto y conforme con las reglas de la sana crítica, las pruebas trasladadas y las recaudadas en el presente asunto, señalando que la nulidad parcial declarada en la investigación disciplinaria No. 023-I.D.-JINEN-2018, no tiene incidencia alguna en la decisión de fondo que adoptará este Despacho, en la medida que cada proceso es independiente.

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A”, Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, en providencia del 24 de octubre de 2012, proferida dentro del proceso No. 08001-23-31-000-2005-03922-01, indicó:

“Al respecto, esta Corporación, en casos similares al que se controvierte, ha manifestado:

- “En síntesis, el retiro absoluto de los Agentes de la Policía

Nacional, por razones del servicio es una facultad discrecional consagrada en la ley. No requiere exponer al interesado las razones del mismo, tampoco es necesario que previamente se adelante un proceso disciplinario. Basta que se cumplan las formalidades previstas en la ley, es decir que se lleve a cabo previa recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos, aspectos que se cumplieron en el sub-lite. **Desde esa perspectiva, resultaría absurdo, por decir lo menos, aceptar que la existencia de determinada investigación penal o disciplinaria por conductas contrarias a la moral, o que tengan que ver con responsabilidad disciplinaria o penal, inhibieran al nominador para ejercer la facultad discrecional de libre remoción que le confiere la ley, en procura de fortalecer el adecuado servicio público que la sociedad espera. El nominador puede ejercer libremente la facultad discrecional y simultáneamente adelantar la potestad disciplinaria o penal, sin que ello implique desvío de poder, siempre y cuando el implicado en un proceso penal o disciplinario, tenga oportunidad de ejercer el derecho de defensa.”** (Resaltado fuera del texto).¹

- **“La Sala en diferentes oportunidades ha expresado que la facultad nominadora de que está investida la autoridad pública, por regla general, es diferente a la potestad disciplinaria o penal. Una y otra no se suspenden en su ejercicio y la iniciación de un proceso penal o disciplinario, no confiere estabilidad al servidor, porque así no lo ha autorizado la ley, pues de ser así, se llegaría a la absurda conclusión de que la comisión de una falta penal o disciplinaria otorgara estabilidad y ello no puede ser así, porque reñiría contra la misma ética y transparencia que demanda el ejercicio de la función pública, más tratándose de miembros de la Policía Nacional, Institución cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes convivan en paz”** (subrayado ajeno al texto).

De la jurisprudencia en cita, se concluye que el nominador puede ejercer libremente la facultad discrecional y simultáneamente adelantar la potestad disciplinaria, actuaciones que no dependen una de la otra, razón por la cual, el análisis que efectuará este Despacho recaerá, exclusivamente, en la legalidad de los actos administrativos que conllevaron al retiro del demandante, por cuanto, *“Nada se opone a que bajo un mismo supuesto de hecho se adelanten actuaciones distintas y en cada una de ellas se profieran las sanciones o declaraciones correspondientes”*².

¹ Sentencia de 31 de agosto de 2000, Expediente No. 00-01242, Actor: Daniel Cuesta Bader, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

² Sentencia C-504 del 4 de julio de 2007, Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández, Demanda

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

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

5.2.1. PRUEBAS DOCUMENTALES.

5.2.1.1. Expediente laboral del actor.

5.2.1.1.1. Extracto de hoja de vida del Capitán de Fragata Roberto Carlos Ruiz Gómez.

5.2.1.1.2. Resolución No. 3625 del 24 de mayo de 2018, por medio de la cual se retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares – Armada Nacional, en forma temporal con pase a la reserva, por “*Retiro Discrecional*”, al Capitán de Fragata Roberto Carlos Ruiz Gómez.

5.2.1.1.3. Oficio No. OFI18-110327 del 15 de noviembre de 2018, mediante el cual la doctora Sonia Clemencia Uribe Rodríguez, Directora (E) de Asuntos Legales, se pronunció respecto de la petición elevada por el actor, orientada a la revocatoria directa de la Resolución No. 8625 de 2018, así como del Acta No. 003 del 21 de marzo de la misma anualidad, expedida por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa y del Acta No. 464 del 20 de marzo de 2018, emitida por el Comité de Evaluación para el Retiro Discrecional, señalando que su retiro se encuentra sustentado en las normas y jurisprudencia que debía fundarse, por lo tanto, no se vulneraron los derechos a la defensa, debido proceso, al buen nombre y al trabajo.

Igualmente, refirió que el peticionario confunde los requisitos para la aplicación de la figura del retiro discrecional con las garantías del proceso disciplinario, los cuales tienen fines totalmente distintos, dado que, el primero, corresponde a la facultad discrecional de la administración para depurar la escala piramidal y mejorar el servicio y, el segundo, se enmarca en la búsqueda de corroborar la existencia o no de una falta, donde el encartado tiene la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción y

de inconstitucionalidad contra el numeral 32 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, “*Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*”.

defensa. En tal sentido, no le asiste razón al sostener que la administración trasgredió su derecho al debido proceso, en la medida que en el acto administrativo se consignaron las razones de hecho y de derecho que condujeron a su retiro.

5.2.1.1.4. Expediente administrativo del actor, contentivo de:

- **Acta No. 464 del 20 de marzo de 2018**, a través del cual el Comité de Evaluación para el Retiro Discrecional, recomienda dar aplicación a lo consagrado en el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000, debido a la grave afectación del servicio y la pérdida de confianza predicable del Capitán de Fragata Roberto Carlos Ruiz Gómez, quien ejercía como Director de Asuntos Jurídicos Contractuales de la Jefatura Jurídica Integral de la Armada Nacional y para la fecha de la novedad fungía como **Asesor de Comando de la Base Naval No. 06 ARC “Bogotá”**.
- **Acta No. 003 del 21 de marzo de 2018**, mediante la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, por unanimidad recomendó el retiro del demandante, del servicio activo, por facultad discrecional, con fundamento en el Acta No. 464 del 20 de marzo de 2018.
- **Resolución No. 3625 del 24 de mayo de 2018**, citada anteriormente.

5.2.1.2. De los actos administrativos, orientados a los procesos de capacitación del personal de Armada Nacional.

5.2.1.2.1. Resolución No. 049 del 20 de mayo de 2016, a través de la cual se asignan apoyos económicos para capacitación al personal de servidores públicos de la Armada Nacional, quienes adelantarían de manera presencial el *“SEMINARIO EN GESTIÓN LOGÍSTICA NIVEL ASISTENCIAL”* con el establecimiento educativo *“SUPPLY ESTUDIO DE CONSULTORIA SAS”* y se ordena el pago correspondiente.

5.2.1.2.2. Resolución No. 060 de 2017, por la cual se asignan apoyos económicos para capacitación al personal de servidores públicos de la Armada Nacional, quienes adelantarian de manera presencial el *“TALLER DE CAPACITACIÓN EN GESTIÓN LOGÍSTICA*, con la entidad *“SUPPLY ESTUDIO DE CONSULTORIA SAS”* y se ordena el pago correspondiente al Establecimiento Educativo.

5.2.1.2.3. Certificado de existencia y representación legal de la entidad sin ánimo de lucro Fundación Visión Juvenil, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, cuyo objeto social, se circunscribe, entre otros aspectos, al fomento educativo formal e informal.

5.2.1.2.4. Certificado de existencia y representación legal la sociedad Galofre & Asociados S. A. S., generado por la Cámara de Comercio de Bogotá, cuyo objeto social, está orientado a la prestación de servicios de asesoría, consultoría o representación de sociedades comerciales y civiles, de hecho, o de derecho, de capital privado, público o mixto, en temas administrativos, contables, financieros, económicos, logísticos, comerciales o jurídicos.

5.2.1.2.5. Certificado de existencia y representación legal de la sociedad Supply Estudio de Consultoría S. A. S., emitido por la Cámara de Comercio de Bogotá, cuyo objeto social, se circunscribe, entre otros aspectos, a prestar consultoría empresarial, formación, gestión y realización de inversiones de capital y de trabajo.

5.2.1.2.6. Resolución No. 003 del 16 de enero de 2018, mediante la cual se asignan apoyos económicos para capacitar al personal de servidores públicos de la Armada Nacional, quienes adelantarian de manera presencial el *“SEMINARIO DE ACTUALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL”* con la entidad *“FUNDACIÓN VISIÓN JUVENIL”* y se ordena el pago correspondiente al Establecimiento Educativo.

5.2.1.2.7. Oficio No. 20180042660104133 del 8 de febrero de 2018, por medio del cual el Contralmirante Andrés Vásquez Villegas, Jefe de Formación, Instrucción y Educación Naval, le informó al Contralmirante

Camilo Hernando Gómez Becerra, Jefe de Operaciones Logísticas de la Armada Nacional, el proceso de capacitaciones por ley de garantías.

5.2.1.2.8. Escrito del 6 de marzo de 2018, por medio del cual los Capitanes de Fragata Jorge Eduardo Molano Pinedo y Roberto Carlos Ruiz Gómez le comunicaron al Jefe de Operaciones Logísticas de la Armada Nacional, el procedimiento previo y posterior que llevaron a cabo, respecto a las capacitaciones grupales.

5.2.1.3. Investigación disciplinaria No. 023-I.D.-JINEN-2018.

5.2.1.3.1. Auto del 16 de marzo de 2018, por medio del cual se da apertura a la indagación disciplinaria No. 023-I.D.-JINEN-2018, vinculado como investigados a los señores Capitanes de Fragata Jorge Molano Pinedo y Roberto Carlos Ruiz Gómez y se ordenó la práctica de medios probatorios.

5.2.1.3.2. “FORMATO IDENTIFICACIÓN NECESIDADES PLAN INSTITUCIONAL DE EDUCACIÓN”, suscrito el 16 de noviembre de 2017, por el Contralmirante Camilo Hernando Gómez Becerra, Jefe de Operaciones Logísticas de la Armada Nacional, respecto a los proyectos de aprendizaje denominados: i) capacitación en gerencia de proyectos y ii) seminario taller en indicadores de gestión y balanceo “SCORE CARD”, cuyo responsable sería el Capitán de Fragata Javier A. Pitta Vargas.

5.2.1.3.3. “FORMATO DE ESTUDIO PREVIO MÍNIMA CUANTÍA”, a través del cual el Capitán de Navío Neil Medina Cepeda, Director de Educación de la Armada Nacional, presentó a consideración de los estudios y documentos previos en los cuales se analiza la conveniencia y oportunidad de realizar la contratación orientado al programa de entrenamiento virtual en inglés, para sesenta (60) funcionarios de Alta Dirección de la Armada Nacional.

5.2.1.3.4. Informes periciales, respecto de las emisiones de las Resoluciones Nos. 03, 04 y 05, todas de 2018.

5.2.1.3.5. Declaraciones juramentadas rendidas los días 22 y 23 de mayo de 2018, por el Suboficial Jefe Jorge Eliecer Pejendino Sapuyes; el Sargento Viceprimero de I. M. Marco Aurelio Romero Castelblanco; la Profesional de Defensa 04 Milena Yorley Ramos Hernández; Infante de Marina Profesional

Hernán Andrés Romero Mejía; el Cabo Segundo Alejandro Bohórquez Vargas y la Teniente de Navío Maritza Castellanos Álvarez.

5.2.1.3.6. Medio magnético relativo al proceso disciplinaria No. 023-I.D.-JINEN-2018, contentivo de:

- Comunicación No. 20180425160844573 del 19 de julio de 2018, por medio de la cual el Contralmirante Camilo Hernando Gómez Becerra, Jefe de Operaciones Logísticas de la Armada Nacional, rindió certificación jurada, en torno a la investigación adelantada por las posibles irregularidades presentadas en los procesos de contratación llevados a cabo para la realización de jornadas académicas al personal de la Jefatura de Operaciones Logísticas, durante el año 2018.
- Oficio No. 20180416010240163 del 11 de marzo de 2018, a través del cual el Vicealmirante Jorge Enrique Carreño Moreno, Inspector de la Armada Nacional, le comunicó al Contralmirante Jhon Fabio Giraldo Gallo, Jefe de la Jefatura Jurídica Integral las presuntas irregularidades en los procesos de contratación.
- Escrito del 5 de marzo de 2018, mediante el cual el señor Juan Carlos Galofre Balcázar, Representante Legal de la sociedad Galofre & Asociados S. A. S. le solicitó al Contralmirante Mario Germán Rodríguez Viera, Jefe de Formación, Instrucción y Formación Naval, la revocatoria de la Resolución No. 005 del 16 de enero de 2018.
- Escrito del 5 de marzo de 2018, por medio del cual la señora Paola Andrea Medaglia Rubio, Representante Legal de la Fundación Visión Juvenil le solicitó a la Jefatura de Formación, Instrucción y Formación Naval, la revocatoria de la Resolución No. 003 del 16 de enero de 2018.
- Escrito del 6 de marzo de 2018, a través del cual el doctor Ramón Rosado López, Representante Legal de Supply Estudio de Consultoría S. A. S., solicitó la revocatoria de la Resolución No. 004 del 16 de enero del mismo año

- Resolución No. 004 del 16 de enero de 2018, por medio de la cual se asignan apoyos económicos para capacitar al personal de servidores públicos de la Armada Nacional, quienes adelantaran de manera presencial el “*SEMINARIO EN LOGÍSTICA INTEGRAL*” con la entidad “*SUPPLY ESTUDIO DE CONSULTORÍA SAS*” y se ordena el pago correspondiente al Establecimiento Educativo.
- Resolución No. 005 del 16 de enero de 2018, mediante la cual se asignan apoyos económicos para capacitar al personal de servidores públicos de la Armada Nacional, quienes adelantaran de manera presencial el “*SEMINARIO DE ACTUALIZACIÓN NUEVA VERSIÓN Y TÉCNICA DE AUDITORIA NTC ISO 9001:2015*” con la entidad “*GALOFRE & ASOCIADOS SAS*” y se ordena el pago correspondiente al Establecimiento Educativo.
- Formatos de estudios previos realizados el 16 de noviembre de 2017, por el Capitán de Fragata Javier Alberto Pitta Vargas, Jefe de la Oficina de Planeación Logística.
- Formatos de estudios previos realizados el 15 de enero de 2018, por el Capitán de Fragata Roberto Carlos Ruiz Gómez.
- Cotizaciones realizadas por la sociedad Galofre & Asociados S. A. S, respecto de los seminarios: i) calidad y CRM – Servicio al Cliente para la Armada Nacional; ii) Logística Integral y Logística de Reversa y iii) Seminario de Actualización Nueva Versión y Técnica de Auditoria NTC ISO 9001:2015.
- Actas del Comité de Capacitación del 16 de enero de 2018, suscritas por el actor en calidad de beneficiario.
- Directiva No. 016 del 30 de octubre de 2014, cuya finalidad está orientada a fijar políticas, criterios y procedimientos para asignar los recursos disponibles para capacitación individual de la Armada Nacional, suscrita por el Almirante Hernando Wills Vélez, comandante de la Armada Nacional.

- Resoluciones a través de las cuales el Jefe de Formación, Instrucción y Educación Naval, asignó apoyos económicos para capacitar al personal de servidores públicos de la Armada Nacional.
- Dictamen pericial y ampliación del 19 de diciembre de 2018 y el 8 de marzo de 2019 – *respectivamente*, efectuados por la CCADER Ana Victoria García Pereira.
- Resoluciones Nos. 020, 021 y 022 del 12 de abril de la misma anualidad, a través de las cuales, el Jefe de Formación, Instrucción y Educación Naval, revocó las Resoluciones Nos. 03, 04 y 05 de la misma anualidad.
- Auto del 23 de diciembre de 2020, por medio del cual el Contralmirante Harry Ernesto Reyna Niño, Jefe de Formación, Instrucción y Educación Naval, declaró la nulidad parcial de lo actuado dentro de la Investigación Disciplinaria No. 023-JINEN-2018, a partir del auto del 16 de agosto de 2019.

5.2.2. Testimoniales.

5.1.2.1. Declaración del señor Jorge Molano Pinedo, quien rindió testimonio ante este Despacho el 22 de abril de 2021, por medio de la plataforma Microsoft Teams y acta contentiva de dicha diligencia.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, dentro de la Audiencia Inicial llevada a cabo el 10 de diciembre de 2019, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en establecer si con la expedición de la Resolución No. 3625 y las Actas Nos. 003 y 464, todas de 2018, por medio de las cuales se dio de baja del servicio activo como Capitán de Fragata al Capitán Roberto Carlos Ruíz Gómez y se recomendó su retiro - *respectivamente*, se incurrió en causal de nulidad que desvirtuó su legalidad y si hay lugar a que se paguen los perjuicios y/o las prestaciones sociales reclamadas.

5.3.1. Normatividad que fundamenta la decisión de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares frente al caso concreto.

Para desatar el debate es preciso tener en cuenta que a la fecha de expedición de la Resolución No. 3625 del 24 de mayo de 2018, estaba vigente la reglamentación sobre retiro del servicio prevista en el Decreto 1790 del 14 de septiembre de 2000, norma que se invoca como fundamento legal de la decisión cuestionada y que constituye el régimen que cobija a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y, por lo tanto, aplicable a la situación concreta del demandante.

El Decreto 1790 de 14 de septiembre 2000 “*por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*”, en su artículo 99, reza:

“ARTÍCULO 99. RETIRO. *Retiro de las Fuerzas militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. (...)*

Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto.”
(Negrillas del Despacho)

Por su parte, el artículo 100 *ibídem*, modificado por los artículos 24 de la Ley 1104 de 2006, 6° de la Ley 1405 de 2010 y 5° de la Ley 1792 de 2016, sobre las causales de retiro, estableció:

“Artículo 100. Causales del retiro. *El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:*

a) Retiro temporal con pase a la reserva:

- 1. Por solicitud propia.*
- 2. Por cumplir cuatro (4) años en el grado de General o Almirante, salvo lo dispuesto en el artículo 102 de este decreto.*
- 3. Por llamamiento a calificar servicios.*
- 4. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.*
- 5. Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar.*

6. *Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.*

7. *Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literal a) de este decreto.*

8. *Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este decreto.*

9. *Por no superar el período de prueba;*

(...)" (Subrayado fuera del texto original).

Ahora bien, el retiro discrecional se halla definido en el artículo 104 del citado estatuto, así:

“ARTÍCULO 104. RETIRO DISCRECIONAL. *Por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de los oficiales y suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca. Cuando se trate de oficiales se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se regirá por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto”.*

La H. Corte Constitucional, en sentencia C-179 de 2006, se pronunció frente a la constitucionalidad del aludido artículo 104 del Decreto 1790 de 2000, señalando que la facultad discrecional se ejerce para la obtención de una finalidad específica, esto es, garantizar el cumplimiento de las funciones de la institución, relacionadas directamente con la seguridad del Estado y de la ciudadana, al sostener:

*“Teniendo en cuenta que la Policía Nacional y las **Fuerzas Militares** tienen a su cargo la protección del orden constitucional y de los derechos y libertades de los ciudadanos y la convivencia pacífica, la ley ha optado por un régimen de carrera de sus funcionarios que permita cierta flexibilidad[5], de suerte que se pueda garantizar el cabal cumplimiento de las tareas constitucionales encomendadas a la Fuerza Pública. Por supuesto que dicha flexibilización, no conlleva una patente de curso para el desconocimiento de los principios constitucionales que la orientan. En un Estado Social de Derecho no existen poderes ilimitados, en tanto que ellos están siempre ordenados a un fin específico como lo disponen las normas que les atribuyen competencia, y no a cualquier fin; es precisamente lo que hace que los actos proferidos por las autoridades públicas en ejercicio de sus competencias legales sean controlables.*

3.3. *En esta oportunidad se cuestionan los artículos 4, parcial, de la Ley 857 de 2003 y 104 del Decreto-ley 1790 de 2000, que contemplan el retiro por razones del servicio y en forma discrecional tanto de miembros de la Policía Nacional como de las Fuerzas Militares, previa recomendación de*

la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los Suboficiales; o, del Comité de Evaluación, cuando se trata de Oficiales o Suboficiales de las Fuerzas Militares.

En varias oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la facultad discrecional que se concede a dichas instituciones para retirar del servicio a sus miembros por razones del servicio, encontrando admisible desde la perspectiva constitucional el retiro en esas circunstancias dadas las funciones constitucionales que se les atribuyen.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha sido cautelosa en precisar que la facultad discrecional para el retiro de funcionarios de la Fuerza Pública no puede ser confundida con arbitrariedad. La discrecionalidad no es otra cosa que una facultad más amplia que se concede por la ley a una autoridad para que ante situaciones específicas normadas explícitamente pueda acudir a una estimación particular atendiendo las circunstancias singulares del caso concreto. Nótese que es la ley la que enmarca los elementos en que puede ser ejercida la potestad discrecional para el retiro de miembros de la Fuerza Pública, a saber: i) la existencia misma de la potestad; ii) la competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados; y, iii) la obtención de una finalidad específica. No se trata pues de una discrecionalidad al margen de la ley, sino todo lo contrario, es precisamente en virtud de la ley, y en la medida en que ella dispone que puede ser ejercida la potestad discrecional.

Se tiene entonces que en las normas acusadas la potestad se otorga por parte del legislador ordinario y extraordinario al Gobierno o al Director General de la Policía Nacional, según se trate de Oficiales o Suboficiales de dicha institución, o a la autoridad competente cuando se trata de miembros de la Fuerza Pública previo concepto del Comité de Evaluación, integrado por el Segundo Comandante de la Fuerza Aérea, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la Unidad Operativa a la cual pertenezca. Dicha atribución se ejerce tanto en la Policía Nacional como en las Fuerzas Militares respecto de Oficiales y Suboficiales; y, por último, **el fin perseguido no es otro que garantizar el pleno cumplimiento de las funciones de esas instituciones, relacionadas directamente con la seguridad del Estado y la seguridad ciudadana.**

(...)

Se trata entonces de una discrecionalidad basada en la razonabilidad, sobre lo cual ya esta Corporación ha sentado jurisprudencia; en efecto, sobre la razonabilidad ha explicado que ella "hace relación a un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad. La racionalidad, en cambio, expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos. Es simplemente producto de la esencia racional del ser humano.

(...)

3.4. La facultad discrecional a la que se refieren las normas acusadas para retirar del servicio a funcionarios vinculados a la Policía Nacional o a miembros de las Fuerzas Militares por razones del servicio no puede

considerarse omnímoda pues, como se señaló, en un Estado social de Derecho no existen potestades ilimitadas ni poderes absolutos, el ejercicio de esa facultad debe ser proporcionado y racional atendiendo los fines que se persiguen como son garantizar la seguridad ciudadana y la misma seguridad del Estado.

(...)

3.5. Se tiene entonces, que el retiro discrecional por razones del servicio de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general. En ese orden de ideas, la recomendación que formulen tanto el Comité de Evaluación para las Fuerzas Militares, como la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación o Clasificación respectiva para los Suboficiales, debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario.

(...)

La facultad discrecional que se confiere en las disposiciones acusadas, encuentra una justificación constitucional en razón a la dificultad y complejidad que conlleva la valoración de comportamientos y conductas de funcionarios de la Fuerza Pública, que en un momento determinado y por causales objetivas puedan afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y, por ende, del interés general” (negrita del Despacho).

De la normativa y jurisprudencia en cita, se colige que para efectuar el retiro de los Oficiales o Suboficiales de las Fuerzas Militares, de forma discrecional, con cualquier tiempo de servicio, se requiere la recomendación previa del Comité de Evaluación y cuando se trate de Oficiales, adicionalmente se debe contar con la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, de modo tal que, dicha facultad puede ser ejercida, como consecuencia de la evaluación del cumplimiento del deber del funcionario calificable y/o **por elementos de confianza y moralidad**, como quiera que estos se predicen de la buena prestación del servicio³.

³ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, Consejera ponente: Bertha Lucia Ramírez De Páez, tres (3) de noviembre de dos mil once (2011), expediente número: 25000-23-25-000-2002-12412-01(1068-09), actor: José Guillermo Medina Vargas, demandado: Ministerio De Defensa - Ejército Nacional.

5.3.2. Precedentes jurisprudenciales sobre el ejercicio de la facultad discrecional del Gobierno Nacional.

La H. Corte Constitucional, a través de la sentencia **SU - 091 del 25 de febrero de 2016**, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, reiteró frente a la causal denominada retiro discrecional en las Fuerzas Militares, lo siguiente:

*“3.8.1. Esta Corporación ha considerado que el retiro del servicio por voluntad del Gobierno o de la Dirección General: **(i)** es una potestad que el mismo Legislador le ha otorgado al Ejecutivo, en cabeza del Gobierno o del Director General de la institución según el rango del policial a desvincular, que permite de forma discrecional y por razones del buen servicio retirar a los miembros de la Fuerza Pública; **(ii)** dicha facultad puede ser ejercida en cualquier tiempo y solo requiere **de un concepto previo que emite la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional cuando se trata de oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación para los suboficiales y personal del nivel ejecutivo; (iii) el retiro del servicio se decreta una vez se ha estudiado por separado cada caso, mediante la apreciación de circunstancias singulares y que después de agotar un debido proceso, se determina la necesidad de remover a un servidor que no cumple a cabalidad con sus funciones, bajo el entendido que las mismas deben estar encaminadas a la consecución de los fines que el constituyente les ha confiado; (iv) esta facultad discrecional se encuentra justificada en razón a la dificultad y complejidad que entraña la valoración del comportamiento individual de cada uno de los funcionarios que pueden afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y, por tanto, del interés general; (v) el oficial que sea retirado por esta causal pierde todo vínculo con la entidad y en la mayoría de eventos no alcanza a causar una asignación de retiro**”.* (Negrilla fuera del texto original).

3.8.2. Del deber de motivar los actos administrativos de retiro del servicio, proferidos en virtud de una facultad discrecional.

3.8.2.1. En atención a la facultad discrecional que otorgó la ley al Gobierno Nacional y al Director General de cada institución para llamar a calificar servicios y para retirar a los miembros de la Fuerza Pública, esta Corporación consideró, que a la luz del artículo 1º superior -el cual dispone que Colombia es un Estado Social de Derecho-, la administración debe respetar el derecho fundamental al debido proceso “-en sus tópicos de derecho de defensa, de contradicción, publicidad, notificación y motivación-”⁴⁷ al proferir actos administrativos discrecionales.

3.8.2.2. En efecto, en la sentencia **SU-917 de 2010**⁴⁸, se consideró que la cláusula del Estado de Derecho -que implica la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y proscribire la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados- se hace efectiva al permitir a “los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los

⁴ Sentencia T-265 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

abusos en el ejercicio del poder”^[49]; de manera que a la administración le corresponde motivar los actos haciendo expresas las razones por las cuales se tomó la decisión, y a la jurisdicción le compete definir si esas razones son justificadas a la luz de la Constitución y la Ley.

Igualmente, se dispuso en la sentencia en mención, que la motivación de los actos administrativos no es sólo una garantía del Estado de Derecho, sino también del debido proceso y de los principios democrático y de publicidad: **(i)** si el acto administrativo no se encuentra motivado, el particular se halla impedido para ejercer las facultades que integran el debido proceso (derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada); **(ii)** la motivación de los actos administrativos constituye el instrumento por medio del cual las autoridades rinden cuentas respecto de las actuaciones desplegadas, por lo cual guarda una estrecha relación directa con el principio democrático; **(iii)** la publicidad se refleja en la motivación, pues permite que el administrado se encuentre informado de las decisiones adoptadas por la administración y que tenga claridad de las razones que les han servido de sustento^[50]. (Negrita del Despacho)

Lo anterior bajo el entendido de que la administración goza de una discrecionalidad relativa, lo que significa que está sujeta a los límites que fijen la ley y la Constitución, impidiendo así la posibilidad de adoptar decisiones administrativas injustificadas y arbitrarias; esta posición se encuentra fundada en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) (antes artículo 36 del Código de Procedimiento Administrativo) en virtud del cual: “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”^[51].

3.8.2.3. Así bien, se consideró en la sentencia **SU-917 de 2010**, que la noción de discrecionalidad absoluta no tiene cabida dentro de un Estado de Derecho, por lo que sólo es admisible la discrecionalidad relativa; “la discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario”^[52].

3.8.2.4. Igualmente, en sentencia **T-723 de 2010**^[53], se reconoció que si bien el uso de facultades discrecionales se justifica en el régimen de carreras de los miembros de las Fuerzas Militares, debido a la finalidad de su configuración, tales potestades no constituyen un poder ilimitado, y en este sentido, no pueden desconocer los principios constitucionales ni el fin específico de las normas en que se fundan.

Se manifestó en aquella oportunidad que, en efecto, el deber de motivación deriva de la garantía del derecho constitucional al debido proceso, conforme al cual, cuando está en discusión la disposición de un derecho, el afectado tiene la seguridad de contar con condiciones sustanciales y procesales para la protección o defensa de sus intereses; ya que el afectado podrá exponer sus argumentos y aportar las pruebas que contribuyan para su defensa, siempre que conozca los motivos por los cuales se adoptó la decisión que controvierte.

3.8.2.5. De esta manera, y de conformidad con lo sostenido en la sentencia **T-297 de 2009**, **para efectos de respetar el derecho fundamental al debido proceso en estos casos, debe acreditarse**

el cumplimiento de los siguientes supuestos: (i) la recomendación que concluye en un concepto previo a la adopción de la decisión, es una condición ineludible que debe garantizar la correspondencia entre las normas que autorizan la discrecionalidad del retiro y la motivación que se aduce en el caso concreto; (ii) la recomendación en comento debe estar precedida y fundamentada en un examen completo y cuidadoso de las razones que se invocan para el retiro, en los informes y pruebas que se alleguen, en la hoja de vida del uniformado y en todos los elementos objetivos que permitan justificar su retiro del servicio; y (iii) el informe y demás documentos con fundamento en los cuales las juntas asesoras o los comités consideran que se debe efectuar el retiro, tienen que ponerse en conocimiento del afectado^[54]. (resaltado fuera del texto original).

3.8.2.6. En este sentido, la jurisprudencia constitucional definió en la sentencia **T-265 de 2013^[55]**, los siguientes elementos comunes a toda potestad discrecional: **(i)** debe existir una norma de rango constitucional o legal que la contemple expresamente; **(ii)** su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza; **(iii)** la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Como consecuencia de los elementos expuestos, se consideró por parte de esta Corporación que siempre que se actúe en ejercicio de una potestad discrecional, debe como mínimo “expresarse los hechos y causas que llevan a la autoridad a tomar la decisión, así como su adecuación a los fines de la norma que la consagra”^[56]; y dicha exigencia de motivación no se limita al agotamiento de un requisito formal en virtud del cual se empleen afirmaciones genéricas y abstractas como “por razones del servicio” o “por necesidades de la fuerza”, ya que estas afirmaciones no le permiten al sujeto conocer si la decisión se ajusta a los fines de la norma y a la proporcionalidad en relación con los hechos que le sirven de causa.

(...)

3.8.2.9. En atención a las anteriores consideraciones, puede concluirse que la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en afirmar que, los actos administrativos de retiro del servicio de los miembros de las Fuerzas Públicas –sean por retiro discrecional o por llamamiento a calificar servicios-, que hubieren sido proferidos por la administración en ejercicio de una facultad discrecional otorgada por la ley, deben encontrarse motivados; de manera que se garantice el derecho al debido proceso, el principio democrático y el principio de publicidad, además de las prerrogativas propias de un Estado de Derecho caracterizado por la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y la proscripción de la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados”.

Adicional a lo anterior, es importante destacar que el Consejo de Estado, en consonancia con la postura de la Corte Constitucional previamente relacionada, ha reconocido la necesidad de que los actos administrativos de retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública estén sustentados en hechos y razones que soporten la decisión, los cuales deberán ser

valorados por la correspondiente Junta Asesora o Comité de Evaluación y consignados en la respectiva acta que para esos efectos se suscriba, así⁵:

*“En síntesis, el estándar de motivación justificante al que se refiere la Corte Constitucional en la sentencia en cita supone, en términos generales, que si bien los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, no deben contener en su cuerpo necesariamente las razones que llevan al alto mando a tomar este tipo de decisiones, **los mismos sí deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos que justifiquen el retiro de un servidor de la Fuerza Pública.** Lo anterior, se traduce, de una parte, en la **proporcionalidad y razonabilidad que deben guiar el ejercicio de la facultad discrecional y, de otra, en la existencia de los conceptos previos emitidos por las juntas asesoras o los comités de evaluación que hagan evidente las razones del servicio invocadas para disponer el retiro del mismo.** Conceptos que tienen que ser puestos en conocimiento del afectado desde el momento en que se produce el acto de retiro, sin que para ello sea obstáculo la reserva legal a la cual pueden estar sujetos. Esto con el fin de que los oficiales o suboficiales de la Fuerza Pública cuenten con la posibilidad en sede judicial de controvertir las verdaderas razones que determinaron su retiro del servicio”* (Negrilla fuera del texto original).

5.4. CASO CONCRETO.

5.4.1. Cargos formulados.

El demandante pretende desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado bajo cuatro cargos principales a saber: **i)** falsa motivación; **ii)** indebida o errada aplicación - interpretación o hermenéutica sistemática (el alcance y sentido de las normas se establece en consideración al contenido de otras); **iii)** violación del derecho de audiencia y de defensa e **iv)** ignorancia supina de la ley y de hechos notorios.

Sobre el particular y en atención a los parámetros sentados por la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación **SU - 091 de 2016**, líneas atrás citada, procederá el Despacho a establecer si la facultad discrecional ejercida por el Gobierno Nacional para retirar del servicio activo al demandante: **i)** fue debidamente sustentada en razones objetivas y hechos ciertos; **ii)** se fundamentó en el concepto previo que emiten las Juntas Asesoras y/o los Comités de Evaluación y **iii)** si cumplió las exigencias de

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de dos mil quince (2015). Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02207-00 (AC).

racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad entre las consecuencias que generó y los fines constitucionales perseguidos.

5.4.1.1. De la debida sustentación en razones objetivas y hechos ciertos.

En la Resolución No. 3625 del 24 de mayo de 2018, el Ministro de Defensa Nacional se ocupó de consignar los motivos que dieron lugar al retiro del servicio del actor en ejercicio de la facultad discrecional, los cuales sustenta en la pérdida de confianza que se generó frente al oficial. En síntesis, se valoró el oficio suscrito por el Jefe de la Jefatura Jurídica Integral de la Armada Nacional, en el cual informó la novedad ocurrida con el ahora demandante, así:

“(…)

1.- Para el 16 de enero de 2018 fueron promulgadas las Resoluciones 003, 004 y 005, suscritas por la Jefatura de Formación, Instrucción y Educación Naval, mediante las cuales se asignaron apoyos económicos para capacitación a un personal de servidores públicos de la Armada Nacional, ordenándose el pago correspondiente al establecimiento educativo, así:

a) Resolución 003 del 16 de enero de 2018, por un valor de \$100.000.000,00, con objeto contractual consistente en realización de un Seminario de Actualización en Contratación Estatal, con la "Fundación Visión Juvenil", para 120 personas,

b) Resolución 004 del 16 de enero de 2018, por un valor de \$110 000.000,00, con objeto contractual consistente en realización de un Seminario en Logística Integral con la entidad "Supply Estudio de Consultoría SAS", para 120 personas, y

c) Resolución 005 del 16 de enero de 2018, por un valor de \$30.000.000,00, con objeto contractual consistente en realización de un Seminario de Actualización Nueva Versión y Técnica de Auditoría NTC ISO 9001:2015 con la entidad "Galofre & Asociados SAS", para 25 personas.

2.- Frente a tales actos administrativos, fueron halladas por parte de la Inspección General de la Armada Nacional, y ratificadas por parte de esta Jefatura al analizar los documentos, plurales novedades e irregularidades, disponiéndose el inicio de las acciones disciplinarias y penales que pudieran resultar, así como de la toma de las acciones administrativas tendientes a prever reincidencia en dichos temas contractuales.

3.- Respecto a los formatos que determinan los estudios previos de los tres (03) procesos contractuales, a pesar de que el originador es el Jefe de la Jefatura de Operaciones logísticas de la Armada Nacional (JOLA), estos no se encuentran firmados por dicha autoridad administrativa.

Dichos estudios previos fueron firmados por el Capitán de Fragata ROBERTO CARLOS RUIZ GÓMEZ, en su calidad de Asesor de Comando de la Base Naval No. 6 "ARC Bogotá", para la fecha de los hechos, y quien no poseía dichas funciones, ni facultades, ni mucho menos autorización por parte del señor Contralmirante, Jefe de Operaciones Logísticas de la Armada Nacional, para adelantar dicha suscripción y posterior uso de los documentos dentro del proceso contractual.

4.- Las Actas de los Comités de Capacitación, precisamente creado para poderse dar aprobación a los establecimientos educativos que adelantarían la ejecución de lo contratado, de acuerdo a las Resoluciones 003, 004 y 005, todas de fecha 16 de enero de 2018, de manera irregular se encuentran firmadas por el Capitán de Fragata ROBERTO CARLOS RUIZ GÓMEZ y por el Capitán de Fragata JORGE EDUARDO MOLANO.

Sea de resaltar que dentro de mencionadas Actas no se realiza, ni siquiera de manera sumaria, un análisis objetivo en la selección y donde se concluye y recomienda la contratación con personas jurídicas que no se constituyen como establecimientos educativos, sino con objetos muy diversos tal y como se detallará en el inciso segundo del numeral 7° del presente escrito.

5.- Tanto los Estudios Previos como las Actas del Comité de Capacitación mediante los cuales se aprueban las entidades que serán motivo de contratación, y que avalan e inducen en error a la administración para la suscripción de los actos administrativos correspondientes, fueron suscritos por el Capitán de Fragata ROBERTO CARLOS RUIZ GÓMEZ, y coincidencialmente todos en la misma fecha: 16 de enero de 2018.

La identidad en las personas, así como la identidad en las fechas impresas en los documentos, permite evidenciar, o mejor, permite demostrar que se obvió de manera absoluta el procedimiento aplicable para una contratación, al incumplir términos relacionados con la planeación del proceso, conducta más que reprochable para los sujetos activos de dicho accionar, denotando un afán para el comprometimiento de los recursos.

6.- Valga la pena también aclarar que los recursos comprometidos mediante la expedición de dichas Resoluciones, con las empresas ya mencionadas, no fueron aprobados ni solicitados por la Jefatura de Operaciones Logísticas de la Armada Nacional, mediante documentos que hubieran nacido en la Oficina de Planeación Logística de dicha Jefatura, habiéndose cambiado sin autorización ni justificación alguna, lo planeado y solicitado.

7.- Los estudios previos de los tres (03) procesos contractuales de que trata el presente escrito, están soportados en el artículo 18 de la Ley 1769 de 2015, Ad Litteram: "(...) Los programas de capacitación podrán comprender matrículas de los funcionarios, que se girarán directamente a los establecimientos educativos (...)"

Respecto al objeto social de las entidades "FUNDACIÓN VISIÓN JUVENIL", "SUPPL Y ESTUDIO DE CONSULTORÍA S.A. S" y "GALOFRE & ASOCIADOS SAS", se observa en sus objetos fines comerciales totalmente diferentes a los aprobados y contratados por los Oficiales, verbigracia: consultoría empresarial, inversiones de capital, administración de activos, objetos indeterminados, asesoría, publicidad, proyectos sociales, transferencia de tecnología, entre otros, pero en

ningún momento cumplen con ser establecimientos educativos, o que por lo menos tengan como objeto principal la "Educación", incumpliendo de manera directa y de tajo, la norma mencionada en el acápite anterior.

Respecto a estas mismas entidades, al verificar el músculo financiero de estas, es observable en ellas un capital ínfimo, que no corresponde, no blindo, y mucho menos brinda protección al compromiso contractual que se pueda generar con una Entidad Pública.

8.- Se menciona igualmente en los estudios previos de los tres (03) procesos contractuales que, la contratación está en concordancia con la Directiva Permanente No. 16 IMD-CGFM- CARMA-SECAR-JINEN-DIEDU-33-7 de fecha 30 de octubre de 2014, por medio de la cual se fijaron políticas, criterios y procedimientos para asignar los recursos disponibles para capacitación individual del personal en la Armada Nacional.

Al analizar dicha Directiva esta regula los apoyos educativos individuales, pero en las tres (03) contrataciones descritas fueron proferidos actos administrativos de capacitación grupal, por lo que la Directiva no es fundamento legal aplicable a ninguno de los tres (03) procesos contractuales.

9.- Es consideración de esta Jefatura que, no es objetivo ni acorde con los principios de la Función Pública y del deber de todo servidor público, el no haber contratado con Establecimientos Universitarios idóneos, reconocidos, más aún si lo que se busca es la capacitación a nivel Profesional - Universitario y Educación Continua, en áreas como Contratación Pública, Auditoría en Norma Técnica, Logística, afines. etc.

10.- Analizados los formatos de estudio previo de los tres (03) procesos contractuales, se encontró que los que cotizan son los mismos en dos (02) de los mismos procesos: "Estudio Consentido", "Supply Estudio de Consultoría S.A.S" y "Galofre & Asociados" y las Resoluciones fueron en favorecimiento a "Supply Estudio de Consultoría S.A. S", en un caso, y un segundo a favor de "Galofre & Asociados".

11.- Al verificar los valores cobrados por cada capacitación, se obtiene un promedio de costo equivalente a los \$983.333,00 por persona, tratándose de un seminario en promedio de 29 horas; al comparar dichos costos con cotizaciones de Universidades reconocidas. con docentes de alto nivel, se observan mucho más económicos los costos de estas últimas, sobre las contratadas, dejando entrever un sobre costo en el valor contratado.

A título de ejemplo, un seminario de contratación con promedio de 32 horas con la Universidad de la Sabana fue cotizado a la entidad en \$26.000.000,00 para 40 personas, logística incluida, es decir a un costo equivalente a los \$650.000,00 por persona.

12.- Otro aspecto que llama la atención respecto del mal procedimiento aplicado para la expedición de los actos administrativos, es que el Capitán de Fragata ROBERTO CARLOS RUIZ GÓMEZ y el Capitán de Fragata JORGE EDUARDO MOLANO, designaron como supervisor a un mismo oficial en las tres (03) Resoluciones, siendo este el Teniente de Fragata ANDRÉS BELLO.

Novedad predicable por cuanto dicho Oficial no es beneficiario en ninguna de las tres (03) capacitaciones, pero si se advierte que era subalterno del Capitán de Fragata JORGE EDUARDO MOLANO,

posiblemente buscando no perder el control y la dirección del procedimiento de ejecución de las capacitaciones. los recursos y su posterior pago.

Valga aclarar que el Supervisor designado en los actos administrativos no alcanzó a suscribir ningún documento, por lo menos hasta el momento de inicio de las verificaciones.

13.- Una vez iniciada la verificación de estas irregularidades y al preguntar a los dos (02) Oficiales por la conducta desplegada en el presente proceso, informándoles a los mismos sobre la confidencialidad en el tema, los oficiales en oficio, firmado de manera conjunta, manifiestan que cada una de las firmas allegaron solicitud de revocatoria, teniendo en cuenta que no existe animo comercial para prestar las capacitaciones y producto del tiempo transcurrido en el cual no se realizaron las coordinaciones para dar cumplimiento al evento. Sin embargo lo anterior, los oficiales solamente hicieron entrega de la solicitud elevada por la firmas "GALOGRE & ASOCIADOS SAS.

Situación anteriormente detallada no muy entendible, por cuanto dichas empresas no sabían de las verificaciones que se estaban adelantando y, ya desde un punto de vista meramente contractual, es muy poco probable, poco común y bastante extraño, que, por lo menos un contratista que se estructura y lo que espera es el logro de una utilidad y un lucro, solicite a la Administración Pública revocar derechos ya otorgados por cuanto, aduce, no fueron llamados para dar cumplimiento a la ejecución”.

Así mismo, se tuvo en cuenta lo afirmado por el Inspector General de la Armada Nacional, en cuanto a las aclaraciones que el demandante realizó, frente a los hechos objeto de censura, quien fue enfático en sostener que:

“(…)

INVERVENCIÓN: En este momento de la diligencia se deja constancia de la intervención que hace el señor Vicealmirante JORGE ENRIQUE CARREÑO MORENO, en su calidad de Inspector General de la Armada Nacional, quien manifiesta que en el mes de febrero del año que transcurre el Capitán de Fragata JORGE EDUARDO MOLANO PINEDO y el Capitán de Fragata ROBERTO CARLOS RUIZ GÓMEZ, acudieron a su despacho con el fin de hacer aclaración a los hechos que en ese momento cursaban en la Inspección General con relación a los tres procesos contractuales, afirmando que los oficiales le manifestaron tener conocimiento de los hechos que habían realizado y que por lo mismo habían acudido hasta la sede de los tres contratistas con el fin de inducirlos a que solicitaran la revocatoria del acto administrativo que les había adjudicado el contrato a cada uno de ellos, con miras a que no se hiciera ejecución del presupuesto. Afirma también el señor Oficial de Insignia, haber recibido documentación inherente a la revocatoria solicitada.

(…)”.

Como consecuencia de los hechos narrados por el Jefe de la Jefatura Jurídica Integral y por el Inspector General de la Armada Nacional, se concluyó que la conducta del Capitán de Fragata Roberto Carlos Ruiz Gómez, conllevó a la “indubitable pérdida de confianza”, dado que se generó una incertidumbre frente a la manera como desarrollaba las tareas que le fueran encomendadas, máxime en consideración a que para la fecha de su retiro ostentaba el grado de Director de Asuntos Jurídicos Contractuales,

cargo que demanda un alto sentido de responsabilidad, lealtad, decoro, rectitud, transparencia y, sobre todo, un irrestricto respeto a los derechos y garantías de su estatus como servidor público, resaltando que *“No es admisible que un Oficial con la antigüedad, la experiencia, los estudios, la capacitación brindada por la Institución y la posición privilegiada que goza, siendo la cabeza dentro de la Institución en temas contractuales y administrativos, despliegue este comportamiento amañado, no objetivo y violando todas las normas y directivas aplicables en materia contractual, cambiando y modificando lo dispuesto por sus superiores, sin proteger y salvaguardar el patrimonio público, y dando no un mal, sino un pésimo ejemplo a sus subalternos”*.

En ese sentido, se consideró que el comportamiento del oficial afectó ostensiblemente el servicio para el cual fue nombrado como funcionario de dicha institución, dado que su especialidad como Asesor Jurídico en Derecho Contractual, le permitía conocer con suficiencia y claridad las responsabilidades y obligaciones que implicaba la contratación; sin embargo, su conducta desatendió los procedimientos y direccionamientos establecidos en la Ley y en los reglamentos de la entidad.

Así las cosas, en el acto administrativo cuya nulidad se depreca en la presente controversia, se expresaron los motivos que dieron lugar al retiro del actor, de donde se desprende que dicho acto estuvo debidamente sustentado, en los actos previos y posteriores que desplegó, con el propósito de que se expidieran las Resoluciones Nos. 03, 04 y 05, orientadas a capacitaciones del personal y su posterior revocatoria, circunstancia que originó la aplicación de la facultad discrecional, para garantizar el cabal cumplimiento de las tareas encomendadas a la Armada Nacional en los artículos 217 y 218 de la Constitución Política.

5.4.1.2. Se fundamente en el concepto previo que emiten las Juntas Asesoras o los Comités de Evaluación, el cual debe ser suficiente y razonable.

Obran en el plenario las **Actas Nos. 464 del 20 de marzo de 2018**, del Comité de Evaluación para el Retiro Discrecional y **003 del 21 del mismo**

mes y año, emitidas por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, por medio de las cuales se recomendó por unanimidad el retiro del Capitán de Fragata Roberto Carlos Ruiz Gómez, por facultad discrecional, de lo que se concluye que la institución dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 140 del Decreto 1790 de 14 de septiembre 2000, pues la desvinculación del servicio del oficial, atendió las sugerencias de dichas juntas.

5.4.1.3. Cumplir las exigencias de razonabilidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Sobre el particular, es claro que el sustento de la decisión que nos ocupa obedece al ejercicio de la facultad discrecional, razón por la cual es pertinente determinar el sentido, alcance y límites dentro de los cuales debe ser ejercida dicha facultad.

5.4.1.3.1. Límites y elementos de la discrecionalidad.

A este propósito, el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone que *“En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”*.

Dicha preceptiva indica que el legislador contempló expresamente motivación para el acto discrecional, entendida bajo dos aspectos principales:

a-Debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-525 del 16 de noviembre de 1995, señaló: *“La adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él”*.

b- Debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

En la sentencia referida dicha Corporación Judicial expresó: *“La proporcionalidad es con los hechos que le sirven de causa a la decisión, y no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico; de ahí que cobre sentido la afirmación de Kelsen, para quien la decisión en derecho asigna determinados efectos jurídicos a los supuestos de hecho”*.

c- Debe ser acorde a las razones del servicio.

En la misma sentencia, se expresó: *“En el caso de la Policía Nacional, las razones del servicio están básicamente señaladas en la propia Constitución Política (art. 218), a saber: el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. El Comité evaluador debe verificar si, dentro de estos parámetros, los oficiales, suboficiales y agentes están cumpliendo correctamente con su deber, si están en condiciones psíquicas, físicas y morales para prestar el servicio y en actitud para afrontar todas las situaciones que en razón de su actividad de salvaguardar el orden se presentan. Por otra parte, debe tener en cuenta que el servicio tiene unas exigencias de confiabilidad y de eficiencia que implican que los altos mandos de la institución puedan contar, en condiciones de absoluta fiabilidad, con el personal bajo su mando. Es claro que el éxito del servicio guarda relación de proporcionalidad entre las aptitudes del personal que lo presta y el fin de la institución; en el caso de descoordinación entre el servidor y el fin de la institución debe primar éste, y por ende debe la institución estar habilitada para remover a quien por cualquier motivo impida la consecución del fin propuesto”*.

Concordante con lo anterior, el H. Consejo de Estado en sentencia del 10 de septiembre de 2015, Consejero Gerardo Arenas Monsalve, señaló⁶:

*“(…)
En síntesis, el estándar de motivación justificante al que se refiere la Corte Constitucional en la sentencia en cita supone, en términos*

⁶ Expediente No. 050012331000199800554 01, actor: Wilmer Uriel García Mendoza, concluyó:

generales, que si bien los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, no deben contener en su cuerpo necesariamente las razones que llevan al alto mando a tomar este tipo de decisiones, los mismos sí deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos que justifiquen el retiro de un servidor de la Fuerza Pública.

*Lo anterior, se traduce, de una parte, **en la proporcionalidad y razonabilidad que deben guiar el ejercicio de la facultad discrecional** y, de otra, en la existencia de los conceptos previos emitidos por las juntas asesoras o los comités de evaluación que hagan evidente las razones del servicio invocadas para disponer el retiro del mismo.*

Conceptos que, debe decirse, tienen que ser puestos en conocimiento del afectado desde el momento en que se produce el acto de retiro, sin que para ello sea obstáculo la reserva legal a la cual pueden estar sujetos. Esto con el fin de que los oficiales o suboficiales de la Fuerza Pública cuenten con la posibilidad en sede judicial de controvertir las verdaderas razones que determinaron su retiro del servicio.

(...). (Negrilla fuera del texto original).

De lo anterior, se desprende que la discrecionalidad debe tener un mínimo de motivación justificante (adecuación y proporcionalidad), la cual queda implícita en la decisión y subsumida en la presunción de legalidad que reviste el acto administrativo, razón por la cual una vez expedido se entiende ajustado al ordenamiento jurídico, presunción que admite prueba en contrario, por lo que corresponde al censor evidenciar la lesión sufrida por el ordenamiento positivo a causa del acto enjuiciado.

Así, se puede concluir que la potestad discrecional en nuestro sistema jurídico, tiene un límite fuerte en la prohibición de la arbitrariedad, que implica *“una garantía para el administrado y constituye, al propio tiempo, una pauta de control que ejercen los jueces para proteger los derechos en intereses de las personas con la mira puesta, fundamentalmente, en la defensa de sus libertades, y someter a la Administración al Derecho”*⁷

Bajo el anterior criterio legal y jurisprudencial, corresponde entonces verificar al Despacho las circunstancias que dieron origen al ejercicio de la facultad discrecional, de conformidad con los cargos formulados, las pruebas documentales obrantes en el expediente y el testimonio recepcionado dentro de la presente actuación.

⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, OP., Pagina 216.

5.4.1.3.2. Falsa motivación.

Como primer aspecto, el apoderado del actor sostiene que el acto administrativo demandado adolece de **falsa motivación**, dado que sus fundamentos son producto de juicios subjetivos del Jefe de la Jefatura Jurídica Integral, por cuanto, las 13 circunstancias a las que hace alusión en el Oficio **No. 15080R/MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JETUR-1.10, del 15 de marzo de 2018**, no corresponden a la realidad.

Sobre el particular, obra en el expediente el referido oficio, a través del cual el Contralmirante Jhon Fabio Giraldo Gallo, Jefe de la Jefatura Jurídica Integral de la Armada Nacional, le informó al Almirante Ernesto Durán González, Comandante de la Institución, la novedad presentada con el actor frente a la asignación de apoyos económicos para capacitar al personal de servidores públicos de la Armada Nacional, señalando que este se apartó de las disposiciones sobre las cuales se rige el área de contratación y, en consecuencia, solicitó la aplicación del retiro discrecional, en virtud de lo contemplado en el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000, oficio que tal como lo sostiene la parte actora, fue objeto de análisis por el Comité de Evaluación para el Retiro Discrecional, el cual sirvió de fundamento para recomendar su desvinculación, pues, precisamente, de conformidad con el criterio jurisprudencial expuesto, el Comité debe verificar el cumplimiento del deber legal del oficial, teniendo en cuenta que el mismo está soportado en las exigencias de eficiencia y disciplina que implican que la institución pueda contar, en condiciones de absoluta confianza con el personal, debido a las labores que ejecutan.

Ahora bien, se aportó al plenario la **Resolución No. 003 del 16 de enero de 2018**, suscrita por el Contralmirante Mario Germán Rodríguez Viera, Jefe de Formación, Instrucción y Educación NAVAL, mediante la cual se asignan apoyos económicos para capacitar al personal de servidores públicos de la Armada Nacional, quienes de manera presencial adelantarían el “*SEMINARIO DE ACTUALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL*” con la “*FUNDACIÓN VISIÓN JUVENIL*” y se ordena el pago correspondiente al Establecimiento Educativo.

Igualmente, se incorporó la **Resolución No. 004 del 16 de enero de 2018**, a través de la cual el Jefe de Formación, Instrucción y Educación NAVAL, asigna apoyos económicos para capacitar al personal de servidores públicos de la Armada Nacional, quienes adelantarían de manera presencial el “*SEMINARIO EN LOGÍSTICA INTEGRAL*” con “*SUPPLY ESTUDIO DE CONSULTORÍA SAS*” y se ordena el pago correspondiente al Establecimiento Educativo.

A su vez, obra la **Resolución No. 005 del 16 de enero de 2018**, mediante la cual Jefe de Formación, Instrucción y Educación NAVAL, asigna apoyos económicos para capacitar al personal de servidores públicos de la Armada Nacional, quienes adelantarían de manera presencial el “*SEMINARIO DE ACTUALIZACIÓN NUEVA VERSIÓN Y TÉCNICA DE AUDITORIA NTC ISO 9001:2015*”, con “*GALOFRE & ASOCIADOS SAS*” y se ordena el pago correspondiente al Establecimiento Educativo.

Sobre dichos actos administrativos, se afirma en la demanda que las posibles irregularidades que se hubiesen cometido al momento de su expedición, no pueden ser atribuidas al Capitán de Fragata Roberto Carlos Ruiz Gómez, por cuanto no las proyectó o aprobó; sin embargo, vale la pena aclarar, que el juicio de reproche efectuado por la institución y que conllevó a su retiro, no se materializó por las facultades atribuidas al servidor público que suscribió los actos administrativos, pues este deviene de los procedimientos anteriores (estudios previos) y subsiguientes a la suscripción de los mismos (revocatoria), en los cuales, participó directamente el demandante, bajo el supuesto que, no tenía competencia para ello, apartándose de los postulados legales y reglamentarios de la entidad para dicho propósito.

Sobre el particular, el Contralmirante Jhon Fabio Giraldo Gallo, en el Oficio No. 15080R del 15 de marzo de 2018, indicó que el demandante desconoció los principios y valores militares, concretamente, por la actuación que desplegó en los estudios previos de los tres (03) procesos contractuales, la cual fue determinante para la emisión de las resoluciones aludidas anteriormente, puesto que, a pesar de que **el originador de las capacitaciones era el Jefe de la Jefatura de Operaciones logísticas de la Armada Nacional (JOLA)**, estos no se encuentran firmados por dicha

autoridad administrativa, sino por el Capitán de Fragata Roberto Carlos Ruiz Gómez, en su calidad de Asesor de Comando de la Base Naval No. 6 "ARC Bogotá", quien **no poseía las funciones o facultades para el efecto, como tampoco contaba con autorización por parte del competente**, para adelantar dicha suscripción y posterior uso de los documentos dentro del proceso contractual.

Efectivamente, obran en el plenario los estudios previos suscritos el 15 de enero de 2018, cuyo objetivo se circunscribía a **capacitar al personal de la Jefatura de Operaciones Logísticas de la Armada Nacional**, en los seminarios de Actualización en Contratación Estatal, Logística Integral y Actualización Nueva Versión y Técnica de Auditoría Ntc Iso 9001:2015, razón por la cual, según lo consignado en la Circular No. 20160042660000037 del 16 de febrero de 2016, contentiva del procedimiento que se debía llevar a cabo para asignar los apoyos económicos en el rubro de servicios de capacitaciones grupales -documento que se acompañó al proceso-, quien debía suscribir los mismos era el Jefe de la aludida Jefatura o su delegado, dado que era la dependencia que tenía la necesidad del estudio no formal; sin embargo, fueron rubricados por el Capitán de Fragata Roberto Carlos Ruiz Gómez, quien, para esa fecha, ostentaba el cargo de **Asesor de Comando de la Base Naval No. 06 ARC "Bogotá"**, tal como se establece del extracto de su hoja de vida, de lo que se concluye que no era el competente funcional para dicho propósito.

Ahora bien, cabe anotar, que entre las pruebas documentales arribadas al proceso, obran las documentales recaudadas dentro de la investigación disciplinaria No. 023 ID-JINEN-2018, entre las que se encuentra el Oficio No. 2018042520701163 del 21 de junio de 2018, por medio del cual el **Contralmirante Camilo Hernando Gómez Becerra, Jefe de Operaciones Logísticas de la Armada Nacional**, informó el procedimiento que se realizó para consolidar la formación del personal, según el plan institucional de educación, enfatizando que, a través de la JOLA No. 201700425200003983 del 6 de diciembre de 2017, se envió a la Jefatura de Instrucción y Educación Naval las necesidades de capacitación grupal, a través de la estructuración de 6 estudios previos, tales como:

NOMBRE DEL PROYECTO DE APRENDIZAJE	PAX	COTIZACIONES	VALOR TOTAL
Capacitación en gerencia de proyectos	12	Escuela Administración de negocios Fundación Universitaria Konrad Lorenz	29.988.000
Seminario taller en indicadores de Gestión Balanced Score Card	15	Cámara de Comercio Universidad Distrital Escuela Colombiana de Ingeniería	19.710.060
Curso seminario de calidad 9001:2015	15	Cámara de Comercio	13.506.900
Logística integral y cadena de suministro	16	Cámara de Comercio Universidad Militar Universidad de la sabana	33.280.000
Contabilidad financiera internacional	3	Universidad Javeriana	52.056.000
Logística inversa	20	Zona logística High logistics Consultoría supply chain	1.750.000
		TOTAL	150.290.960

Igualmente, en el **Oficio No. 20180425160844573 del 19 de julio de 2018**, el Contralmirante Camilo Hernando Gómez Becerra, señaló que de acuerdo a lo establecido en la D.P No. 052-MD- CGFM-CARMA-SECAR-JEPLAN-DSIG-DIVOR-23.2 de fecha 12 de noviembre de 2013, en la **Oficina de Planeación de la Jefatura Logística**, se consolidan, analizan y proyectan las propuestas y requerimientos enviados por las Bases Navales y los señores directores de la Jefatura, por lo tanto, el personal que participó en la consolidación y organización de la propuesta de capacitación de la referencia, fue el siguiente:

GRADO	NOMBRE	CARGO	ACTIVIDADES REALIZADAS
CF	Javier Pitta	Jefe Oficina de Planeación. Logística	Instrucción para la consolidación de necesidades y estructuración de los estudios previos de capacitación grupal de la Jefatura Logística
TN	Maritza Castellanos A	Jefe División Planeamiento Estratégico	Revisión de la información presentada como necesidades de capacitación grupal en los estudios previos de la Jefatura.
S1	Jorge Pejendino	Analista de Calidad	Estructuración de los estudios previos de capacitación grupal de Seminario taller en indicadores de Gestión Balanced Score Card y Curso seminario de calidad 9001:2015
PD04	Milena Ramos	Analista de Planeación	Estructuración de los estudios previos de capacitación grupal de la Logística integral y cadena de suministro y Logística inversa
SV	Marco Romero	Analista de Proyectos de Inversión	Estructuración de los estudios previos de capacitación grupal de Gerencia de Proyectos
S2	Pablo Melo Fajardo	Analista de Presupuesto	Ajuste a los requerimientos realizados por JINEN a los estudios previos inicialmente enviados por JOLA.
Nota: Para la capacitación en Contabilidad financiera internacional se recibió estudio previo de la Sra CF Olga Sánchez (CECON)			

En ese sentido, se advierte que, los funcionarios competentes realizaron los estudios previos que requería la institución, con el objeto de llevar a cabo las aludidas capacitaciones, aspecto que reitera el Contralmirante Camilo Hernando Gómez Becerra, puesto que en el oficio de la referencia plasmó que, a través de la *“Oficina de Planeación Logística se hizo un estudio de mercado con Instituciones Educativas que proporcionarían soporte en calidad y experiencia en este proceso, acuerdo Formato de Identificación Necesidades Plan Institucional de Educación y remitido a la Jefatura de Instrucción y Educación Naval. Mediante señal No. 20170042520003983 MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JOLA-OPLAL-8.1.”*; no obstante, el 29 de enero de 2018, recibió *“las Resoluciones de Capacitación donde se encuentran totalmente diferentes a las solicitadas por esta Jefatura”* y, acto seguido, *“se solicitó el envío (sic) a esta Jefatura de los estudios previos que soportaron dichas Resoluciones”*, toda vez que no fue informado de tal novedad y precisó que *“en ningún momento se autorizó la confección y envío de documentos diferentes a los oficiales enviados a la Jefatura de Formación, Instrucción y Educación Naval”*.

Así mismo, afirmó que *“...se recibió respuesta de la Jefatura de Formación, Instrucción y Educación Naval acuerdo señal No. 20180042660378313 MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JINEN- OPLANED-38.10 de fecha 16 de abril de 2018, encontrando que en los estudios previos que soportaban dichos procesos estaban firmados por el Capitán de Fragata ROBERTO CARLOS RUIZ GÓMEZ, quien no tenía participación, ni autorización por parte de esta Jefatura para firmar dicho documento ya que su cargo no correspondía a esas funciones que estaban delegadas en la Oficina de Planeación Logística”* – negrita del Despacho-.

Ahora bien, el 23 de mayo de 2018, la Teniente de Navío Maritza Castellanos Álvarez, rindió declaración dentro de la investigación disciplinaria, en la cual refirió que fungió como Jefe de la División de Planeación Estratégica de OPAL y en virtud de sus funciones *“realizó la revisión de la información dirigida por las Direcciones y se estructuraron los estudios previos que iban a ser entregados a JINEN los cuales eran firmados por el señor Contralmirante CAMILO HERNANDO GÓMEZ BECERRA, Jefe de*

Operaciones Logísticas” -negrita fuera del texto- y respecto al procedimiento que se surtió con dicho fin, señaló:

“Cada uno de los funcionarios responsables de cada tema de capacitación realizaron los estudios de mercado con diferentes Universidades y entidades educativas con reconocimiento con el propósito de garantizar la calidad de la capacitación, con el fin de que fueran consideradas por JINEN en el proceso interno que está a su cargo, esos estudios de mercado se anexaron a los estudios previos que finalmente fueron enviados con señal firmada por el señor JOLA como usuario de esa necesidad de capacitación a JINEN mediante señal 20170042520003983-JOLA del 6 de diciembre de 2017, con la cual se precisó la remisión de la siguiente documentación: 01 formato diligenciado de identificación de necesidades, 6 formatos diligenciados solicitud apoyo educación colectiva y **6 estudios previos por cada una de las capacitaciones grupales con cotizaciones**, entre los cuales se encontraba también el que fue firmado por la señora CF OLGA SÁNCHEZ ya que ella nos lo envió por señal y nosotros lo único que hicimos fue mandarlo en la señal. **PREGUNTADO:** Por favor diga -si. recuerda cuales fueron las Instituciones Educativas que fueron cotizadas. por parte de JOLA para la realización de los estudios previos, determinando el motivo por las cuales fueron escogidas por ustedes en aquel momento. **CONTESTÓ:** Se cotizó con la Escuela de Administración de Negocios, Fundación Universitaria KONRAD LORENZ, Cámara de Comercio, Universidad Distrital, Escuela Colombiana de Ingeniería, Universidad Militar, Universidad de la Sabana, Universidad Javeriana y también con otras entidades de reconocimiento en el área logística que son: Zona Logística, Hi Logistics y Consultoría SUPPLY CHAIN” negrita y subrayado del Despacho.

Igualmente, aludió que hizo uso de sus vacaciones a partir del 16 de diciembre de 2017 hasta el 5 de enero de 2018, lapso en el cual la Oficina de División de Planeación Estratégica de OPAL, fue dirigida por el **Teniente de Navío Alejandro Rangel Escobar**, quien en declaración rendida el 29 de mayo de 2018, en el proceso disciplinario, afirmó que ejerció el cargo **de Jefe de la Oficina de Planeación Logística de la Armada Nacional** desde el 7 de diciembre de 2017 hasta el 16 de enero de 2018, el cual recibió del “Capitán de Fragata JAVIER PITTA VARGAS”, aclarando que no tuvo contacto directo con los estudios previos, pero “*vía telefónica por parte del señor Capitán de Fragata JORGE MOLANO*” le fue informada la “ausencia de cotizaciones que respaldaban como estudio de mercado dichos documentos. Acto seguido, procedí a indagar con el Suboficial Segundo PABLO MELO, quien era el encargado para ese entonces del seguimiento presupuestal de los recursos asignados y proyectados sobre la indicación manifestada por mi Capitán MOLANO a lo cual me respondió que se procedería a verificar y corroborar la información suministrada”.

Así mismo, indicó que *“en el caso específico de las necesidades de capacitaciones sólo **recuerdo haber recibido un requerimiento de parte de mi Capitán MOLANO vía telefónica en el que aducía la falta de cotizaciones que respaldaran las necesidades expresadas en los documentos de estudios previos que fueron presentados a JINEN** antes de mi llegada al cargo, acto seguido procedí a llamar al Suboficial Segundo PABLO MELO quien si mal no recuerdo se estaba presentando por término de vacaciones y que por designación de funciones previas debía realizar las acciones correspondientes para complementar si era del caso las necesidades de capacitación expuestas, expresándole de mi parte que había recibido un requerimiento por parte de mi Capitán MOLANO en donde se manifestaba ausencia de estudio de mercado que respaldara los documentos presentados para satisfacer las necesidades de capacitaciones para el 2018, yo le dije que verificara el tema con JINEN y hablara con mi Capitán MOLANO para solucionar y aclarar cualquier tipo de duda que surgiera al respecto... y En el acta de relevo hecha de mi parte hacia la señorita Teniente de Navío MARITZA CASTELLANOS recuerdo se hizo mención de realizar seguimiento a los estudios previos radicados en la vigencia 2017 a JINEN con el fin de dar materialización a las correcciones y/o modificaciones solicitadas por JINEN una vez se hubiesen surtido las revisiones correspondientes”*.

De las declaraciones en cita, se concluye que, para el 15 de enero de 2018, quien fungía como **Jefe de la Oficina de Planeación Logística de la Armada Nacional**, era el **Teniente de Navío Alejandro Rangel Escobar**, quien, en el caso de existir alguna irregularidad en los estudios previos que se habían suscrito con anterioridad, era el competente para pronunciarse sobre tal aspecto o, en su defecto, para suscribir los nuevos estudios que se requirieran o, para **delegar** dicha función, dado que los servidores públicos no siempre se encuentran en la posibilidad de ejercer de manera directa las funciones que les han sido asignadas y, por lo tanto, pueden acudir a dicha figura jurídica para cumplir los fines esenciales de la administración.

Ahora bien, el Suboficial Segundo Pablo Enrique Melo Fajardo, en la declaración que efectuó el 21 de mayo de 2018, dentro de la investigación

disciplinaria, aludió que “Yo no trabajé en la elaboración de los Estudios Previos iniciales porque ellos fueron realizadas por otras personas de la misma Oficina de Planeación Logística que se relacionaron en el oficio No. 20180042520406443/MDN-CGFM-CARMA-SECÁR-JOLA-OPLAL-41.8 de abril 26 de 2018, literal d), requerimientos datos del personal orgánico de OPLAL - JOLA donde se nombra al 81 JORGE PEJENDINO, PD04 MILENA RAMOS y SVCIM MARCO ROMERO”; empero, afirmó que se realizó una modificación de los mismos, al sostener:

“Básicamente los cambios que se hicieron por instrucciones de JINEN, específicamente por el **Jefe de la Oficina de Planeación de JINEN que era mi Capitán MOLANÓ**, fue que los estudios entregados inicialmente no contaban con un estudio de mercado completo, el listado de personal que se seleccionó para adelantar las capacitaciones no estaban incluidos entonces había que anexarlo, y adicional a eso por tiempos de Ley de Garantías se debía unificar las capacitaciones en, el sentido que se unificaran las capacitaciones de SECOP 11 y Contratación Estatal, Logística Integral con Logística de Reversa y el otro el de calidad con énfasis de Auditor de Calidad, capacitación de ISO 9001 con la nueva Versión 2015. Esos cambios se dieron de manera general en todos los procesos. **PREGUNTADO:** Recuerda usted quién le recibió las modificaciones del Estudio Previo en JINEN? **CONTESTÓ:** **Inicialmente las modificaciones yo las envié por medio magnético a mi Capitán MOLANO pero no estaban firmados, posteriormente por instrucciones de mi Capitán MOLANO y para revisión de los estudios previos para ver si habían quedado bien, los cambios se hicieron firmar por mi Capitán RUÍZ para ya seguir el proceso en JINEN.** **PREGUNTADO:** De acuerdo con su respuesta anterior, diga en que momento esos estudios quedaron debidamente presentados a JINEN? **CONTESTÓ:** Debidamente se enviaron fue para revisión y posterior a eso fueron emitidas las Resoluciones 003, 004 y 005 de JINEN. **PREGUNTADO:** Conoce si estas Resoluciones relacionan lo presentado en los Estudios previos modificados por JOLA?... **PREGUNTADO:** Recuerda a través de que procedimiento se realizó ese Estudio de Mercado tendiente a que Instituciones Educativas presentaran sus cotizaciones para el proceso de contratación antes mencionado? **CONTESTÓ:** **En el momento en que JINEN solicita la corrección de los estudios previos presentados inicialmente, eso obliga a que se haga otro estudio de mercado porque en ese momento no se sabía con que empresas se había solicitado cotizaciones inicialmente, y porque las instrucciones que recibí era que se unificaran las capacitaciones para que no se hicieran varios procesos.** **PREGUNTADO:** Qué funcionario de JOLA fue el encargado de realizar las llamadas a las empresas con las que finalmente JINEN mediante las Resoluciones 003, 004 y 005 de 2018, asignó apoyos económicos para capacitación a un personal de la Armada Nacional y ordenó el pago correspondiente al Establecimiento Educativo? **CONTESTÓ:** Yo mismo las llamé, también acuerdo a recomendaciones del Jefe de la Oficina de Planeación de JINEN las cuales indicaban que se hicieran esas llamadas a empresas que estuvieran trabajando para esa fecha, que ya tuvieran experiencia con la Armada Nacional y que facilitarían el proceso de Estudio de Mercado debido que para esa fecha que era la segunda semana de enero de 2018 aproximadamente, aparentemente no se

encontraban las universidades laborando, además que los cambios se tenían que hacer rápidamente en atención a la vigencia de la Ley de Garantías. **PREGUNTADO: Diga si conoce por qué motivo los estudios previos modificados fueron firmados por el señor Capitán de Fragata ROBERTO CARLOS RUÍZ GÓMEZ y no por el Jefe de la Jefatura de Operaciones Logísticas? CONTESTÓ: El motivo fue que por instrucciones del señor Teniente de Navío ALEJANDRO RANGEL, se me ordena que haga los cambios ordenados por el señor CF MOLANO JORGE - Jefe de la Oficina de Planeación de JINEN, debido a que acuerdo instrucciones del señor Contralmirante GÓMEZ CAMILO Jefe de Operaciones Logísticas ya había autorizado mencionados cambios, el señor TN RANGEL para esa fecha estaba entregando el cargo y adicionalmente no estaba firmando ningún documento de OPLAL y por ende él señor CF MOLANO recomienda que sean firmados por mi Capitán RUÍZ con el fin de surtir el proceso de revisión de los cambios ordenados**". (subrayado y negrita del Despacho).

Como puede verse, el declarante fue enfático en señalar que, debido a que los estudios previos no contaban con un análisis de mercado completo y no se encontraba incluido el listado de personal para adelantar las capacitaciones, fue necesario realizar su corrección y, por ende, se debió efectuar el procedimiento de nuevo, el cual estuvo a cargo del Suboficial Segundo Pablo Enrique Melo Fajardo; sin embargo, llama la atención de esta Juzgadora el hecho que el deponente atribuye que el Teniente de Navío Alejandro Rangel, le ordenó realizar dichas modificaciones, por cuanto, el Contralmirante Camilo Gómez, Jefe de Operaciones Logísticas ya las había autorizado; no obstante, en el **Oficio No. 20180425160844573 del 19 de julio de 2018**, citado anteriormente, dicho funcionario sostuvo que *“En ningún momento como Jefe de la Jefatura de Operaciones Logísticas se autorizó al Capitán de Fragata ROBERTO CARLOS RUÍZ GÓMEZ dicho proceso y no tengo conocimiento de las razones y quien lo autorizó para este proceso”* -negrita del Despacho-.

De modo tal, que, para este Despacho, la elaboración de los señalados estudios, se realizó en virtud de la **orden impartida por el Capitán Jorge Eduardo Molano Pinedo**, Jefe de la Oficina de Planeación de la Jefatura de Formación, Instrucción y Educación Naval - JINEN, quien en declaración que rindió ante este Estrado Judicial el 22 de abril de 2021, precisó que, al momento de ser retirado de la institución, se le cuestionó el hecho de que permitiera que el demandante los suscribiera, toda vez que *“yo como supervisor de él, debí haber percibido esa situación y decirle al Capitán Ruiz, usted no es apto para firmar un estudio previo... pero yo no soy abogado y*

me remito a lo que la Asesora Jurídica que era la doctora Nancy Rodríguez nos recomendó, recomendó estos estudios previos pueden ser firmados por el Capitán Roberto Ruiz, de hecho dentro del proceso y la investigación disciplinaria quedó aclarado que el Capitán Ruiz si pertenecía a la Jefatura de Operaciones Logísticas, que él si podía firmar esos estudios previos para las capacitaciones en ley de garantías y que el Almirante Camilo Gómez Becerra, había dado la instrucción de hacer la contratación antes de ley de garantías” (negrita ajena al texto).

Sobre el particular, la doctora Nancy Constanza Rodríguez Torres, Asesora Jurídica de la Jefatura de Formación, Instrucción y Educación Naval, en la declaración que efectuó el 21 de mayo de 2018, dentro de la investigación disciplinaria, se limitó a realizar un relato en torno a la legalidad de las Resoluciones Nos. 03, 04 y 05, destacando que dio su visto bueno frente a las mismas, de lo que se colige, que conoció de la asignación de apoyos económicos y del proceso que se adelantó, con posterioridad a la existencia de los estudios, toda vez que, en ejercicio de sus funciones, “*verifica es que efectivamente el estudio previo traiga el estudio de mercado, vengan las cotizaciones de las posibles empresas con las que se vaya a contratar, que la oferta escogida sea la más económica y que se ajuste a las necesidades institucionales, que la firma escogida reúna los requisitos ante Cámara de Comercio con el Certificado y RUT donde se muestre que tengan dentro de su actividad económica capacitación, eso básicamente*”.

Es ese sentido, si bien la declarante refirió que revisó los estudios previos, los cuales consideró que se ajustaban a los parámetros legales, lo cierto es que no hizo alusión a que realizara alguna recomendación al Capitán Jorge Eduardo Molano Pinedo, en torno a la viabilidad de que el actor los suscribiera. Entonces, resulta cuestionable que la Asesora Jurídica de la entidad, atribuyera que los estudios previos se encontraban, de conformidad con los lineamientos establecidos por la institución, puesto que pasó por alto, quien era el emisor de los mismos, dado que, frente a los funcionarios de la Jefatura de Formación, Instrucción y Educación Naval – JINEN, que participan en los trámites necesarios para adjudicar recursos con el fin de desarrollar las capacitaciones grupales para las Jefaturas, señaló:

“Uno el usuario o la dependencia que tenga la necesidad que es la que se encarga de hacer los estudios previos, el estudio previo, mostrar la necesidad etc., la Oficina de Planeación de JINEN que es la que establece si existen o no los recursos y los apropia haciendo el CDP y el CRP y todos los demás trámites presupuestales relacionados con el pago y demás, los tramitadores que son los que se encargan de recibir la documentación, hacer la resolución y recolectar las firmas, el Asesor Jurídico que hace la revisión jurídica revisando que se ajuste a la normatividad vigente, el Jefe de la Jefatura que es el que compromete los recursos al firmar la Resolución”.

Así mismo, el Infante de Marina Profesional Herman Andrés Romero Mejía, Auxiliar Gestor de Contratos y Convenios, en la declaración que efectuó el 22 de mayo de 2018, dentro de la investigación disciplinaria, quien refirió que tenía a su cargo el estudio de la “forma” que debe contener los estudios previos, dado que los asuntos “técnicos” se adelantaban por otras personas en la Jefatura, resaltó que el “Cabo BOHÓRQUEZ... se encarga de verificar que hacía falta en los estudios, esos son asuntos que manejan los Jefes Directos” y “una vez se tiene montado el Acto Administrativo, la primera persona que lo revisa es la Asesora Jurídica que para el caso de las Resoluciones 003, 004 y 005 de 2018 era la Doctora NANCY RODRÍGUEZ, si ella tiene alguna observación inmediatamente me la hace saber y yo la corrijo, vuelvo y se lo paso si está bien ella le da el visto bueno y de ahí ya lo firman los funcionarios por orden de antigüedad hasta que finalmente llega hasta donde el señor OPLANED para que finalmente llegue a donde el señor JINEN y ya ese es el trámite”.

A su turno, el Cabo Segundo de I.M Alejandro Bohórquez Vargas, Gestor de Contratos Capacitaciones Grupales, en la declaración que rindió el 22 de mayo de 2018, dentro de la investigación disciplinaria adelantada en contra del demandante, afirmó que era el encargado de realizar el seguimiento a las capacitaciones que se realizan por parte de las jefaturas y, por lo tanto, debía verificar en coordinación con el Jefe de Presupuesto el estado y ejecución, así como los estudios previos para la realización de los actos administrativos de capacitación y frente al caso objeto de debate, afirmó:

“... cuando le presento el plan de capacitación a mi jefe el sr OPLANED que en su momento era mi Capitán MOLANO, se verifica presupuesto y el ordena que por la Ley de Garantías hay que darle celeridad a capacitaciones que se van a realizar durante el primer semestre esto por el tema de Ley de Garantías, posteriormente mi CF

MOLANO me ordena que verifique con la Oficina de Planeación Logística de JOLA que si las capacitaciones enviadas en el plan de capacitación de noviembre de 2017 se iban a realizar, en JOLA coordino con el Suboficial Segundo MELO a lo que él me dice que hay unos estudios previos que van a enviar y no me acuerdo que día era, el Suboficial MELO acude a la Oficina y me entrega unos nuevos estudios previos y yo le informo a mi Jefe que hay unos nuevos estudios previos, a lo que él me dice que están combinando dos capacitaciones en una sola con el fin de aprovechar más los recursos. Él me ordena verificar los documentos y me ordena coordinar el tema para la expedición del Acto Administrativo, posterior a que él me dice que está enterado que se van a cambiar las capacitaciones ya empiezo a hacer el trámite normal para la emisión del Acto Administrativo que fue el siguiente: Lo que recuerdo es que para la Emisión de la Resolución 003 me entregaron el respectivo estudio previo con las tres cotizaciones, y las cotizaciones cumplían la necesidad planteada en el estudio previo, posterior a eso ese estudio previo se le entregó a la Jurídica para que ella diera su concepto quien ya después de verificada la documentación entrega los documentos y yo entrego la misma al señor OPLANED y después que él verificó la documentación y ya ahí se hace el Comité para la selección de la Entidad Educativa que va a realizar la capacitación, para eso estaba el beneficiario que es un representante de la Unidad, se selecciona la entidad educativa y posteriormente me entregan el Acta y se procede a emitir la Resolución 003. Con la Resolución 004 se verificó el estudio previo, las cotizaciones, la jurídica da su aval en relación con que la documentación esté en regla, eso se entrega al señor OPLANED, el Comité toma la decisión de la Entidad que va a dar la capacitación y ya posteriormente con el Acta se emite el Acto Administrativo 004. Para el tema de la Resolución 005 se verifica lo mismo, se pasa la documentación a la jurídica, ella verifica que la documentación esté conforme a lo ordenado y el señor OPLANED verifica lo que la jurídica entrega, el Comité toma la decisión y se recoge la documentación para seguir la cadena de emisión del Acto Administrativo. Una vez están expedidos los tres Actos Administrativos 003, 004 y 005 se entrega nuevamente a la Jurídica para que verifique que los actos administrativos están conforme a lo ordenado, tan pronto ella da su visto bueno, firmo yo como revisó, luego el Jefe de la Oficina y luego el delegatario del gasto, después de esa última firma se notifica al Supervisor que fue el mismo para las tres Resoluciones que fue el señor Teniente BELLO orgánico de la BN6”.

Así las cosas, se evidencia que la doctora Nancy Constanza Rodríguez Torres, Asesora Jurídica de la Jefatura de Formación, Instrucción y Educación Naval, no tuvo injerencia alguna frente a la orden impartida al actor, en torno a la suscripción de los estudios previos para la asignación de apoyos económicos para capacitar al personal de servidores públicos de la Armada Nacional, en los seminarios de Actualización en Contratación Estatal, Logística Integral y Actualización Nueva Versión y Técnica de Auditoria Ntc Iso 9001:2015.

Ahora bien, pese a que se acreditó que el actor firmó los estudios previos para las citadas capacitaciones, en virtud de lo dispuesto por el Capitán

Jorge Eduardo Molano Pinedo, en su calidad de **Jefe de la Oficina de Planeación de la Jefatura de Formación**, Instrucción y Educación Naval - JINEN, quien vale la pena anotar, no ostentaba la competencia para delegar esta función, aspecto totalmente censurable, dicha circunstancia no exime al demandante del deber que le asistía, en torno a determinar si contaba con las atribuciones para ejercer tal condición, pues, precisamente, su calidad de Abogado, con especialización en Derecho Contractual y Relaciones Jurídico Negociales -como se evidencia en su extracto de hoja vida-, le permitía conocer con certeza las labores a su cargo y, por ende, con mayor rigurosidad debió acudir a la instancia correspondiente, manifestando la situación que se presentaba para que se tomaran las medidas necesarias frente al caso particular que se generaba en la institución y, de ser el caso, le fuera **delegada** la labor, a través de un acto administrativo.

Al respecto, el H. Consejo de Estado - Sección Segunda – Subsección “A”, en sentencia del 16 de mayo de dos mil diecinueve (2019), dentro del proceso No. 11001-03-15-000-2019-01359-00⁸, señaló que la Constitución Política consagró el mecanismo jurídico de la **delegación**, la cual permite dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado y que presupone necesariamente la **existencia de autorización legal previa y expresa** de aquellas funciones o competencias a delegar, a través de **acto administrativo** que así lo disponga, al sostener:

*“El artículo 209 de la Constitución Política, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁹, establece varios tipos de principios que gobiernan la función administrativa, entre los cuales se distinguen: i) los finalísticos, que señalan la finalidad que debe buscar la función administrativa al servicio de los intereses generales; ii) los funcionales, que indican la manera como debe ejercerse dicha función, como son los de moralidad, igualdad o eficacia y, iii) **los organizacionales, que establecen como pueden repartirse las competencias dentro de la organización administrativa, ya sea la descentralización, la desconcentración o la delegación de funciones.***

⁸ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “A”, Consejero ponente Dr.: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 11001-03-15-000-2019-01359-00(AC), Actor: DENILSON SANTOS RENTERÍA, Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA.

⁹ C-819 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

La delegación de funciones encuentra sustento, además, en los artículos 9º, 10 y 11 de la Ley 489 de 1998, cuyas características más sobresalientes, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación¹⁰, son las siguientes: «(i) se transfiere el ejercicio de funciones propias, (ii) el titular de la función puede reasumirla en cualquier tiempo, (iii) debe recaer en funcionarios del nivel directivo o asesor, (iv) puede hacerse respecto de entidades públicas, (v) requiere de una autorización legal, (vi) debe constar por escrito, (vii) debe especificar las funciones que se transfieren, y (viii) no puede ser intemporal, debe otorgarse por tiempo determinado».

Cabe destacar que el artículo 11 *ibidem*, regula las funciones que no se pueden transferir mediante delegación, y ellas son:

1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.
2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.
3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación

De igual forma, ha sostenido el Consejo de Estado¹¹, que los servidores públicos no se encuentran siempre en la posibilidad de ejercer de manera directa las funciones que constitucional y legalmente les han sido asignadas, por lo que la Constitución Política consagró un mecanismo jurídico que permite dar cumplimiento a las mismas sin que se afecte el ejercicio de la función pública y, con ello, la satisfacción de los fines esenciales del Estado. **Se trata de la delegación, figura en virtud de la cual las autoridades administrativas pueden, previa autorización legal expresa, transferir la competencia para el ejercicio de una función administrativa, no así su titularidad, a otras autoridades o funcionarios administrativos, bien sea que respecto de los mismos tenga o no una relación de subordinación.**

Por su parte, la Corte Constitucional, en profusa jurisprudencia¹² ha sostenido que, si bien la delegación presupone una autorización legal, ella no opera directamente por mandato de la ley, ya que implica la existencia de un acto previo de delegación, puesto que la transferencia se realiza por parte del órgano superior, que puede siempre reasumir la función, conforme al artículo 211 de la Constitución.

Sobre el objeto de la delegación esa misma Corporación¹³ señaló que recae sobre la competencia o autoridad que ostenta el delegante para ejercer las funciones de su cargo, por lo que, necesariamente, la delegación requiere la manifestación del funcionario delegante a través de un acto administrativo motivado, en el que se determina su voluntad de delegar.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 18 de abril de 2013, expediente: 13001233100020120001001, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. i) expediente 11001-03-15-000-2012-00182-00, C.P. Susana Buitrago; ii) expediente 66001-23-31-000-2'12-00134-01, C.P. Martha Nubia Velásquez Rico; iii) expediente 2001-23-33-003-2017-00107-01 C.P. Hernando Sánchez Sánchez, entre otras.

¹² C-036 de 2005; C-1175 de 2005

¹³ C-372 de 2002

(...)

*Conforme a las líneas precedentes, para esta Sala resulta evidente que los artículos 209 y 211 de la Constitución determinan el marco general que rige la función administrativa, precepto este último que prevé la delegación de funciones en los subalternos o en otras autoridades como un instrumento de gestión y organización en materia de administración pública. En desarrollo de dicho marco, la Ley 489 de 1998 determina que los respectivos actos administrativos, sean proferidos por personas diferentes de las que ostentan la facultad o competencia, claro está, bajo ciertas condiciones y limitantes definidas en la Constitución y en la ley¹⁴, razón por la cual **el acto de delegación se encuentra sometido a una solemnidad consistente en que la transferencia de funciones se haga por escrito**¹⁵, precisando las atribuciones que se delegan, características todas advertidas por la autoridad tutelada”¹⁶ (negrita y subrayado del Despacho).*

En ese sentido, dado que no se encuentra demostrado que, el Jefe de Operaciones Logísticas delegara dicha función en el actor, lo correcto era que este garantizara que los estudios previos fueran llevados a cabo por el funcionario al que le fue asignada la competencia, puesto que allí, es donde se incorpora con suficiencia las razones que justifican las necesidades de la asignación de apoyos económicos y el consecuencial pago a la entidad que prestó el servicio, así como la responsabilidad por su emisión.

Así las cosas, no se puede atribuir que el demandante no conociera los límites en la ejecución de su cargo como Asesor Jurídico de Contratación, por lo tanto, se concluye que, al expedir los estudios previos signados del 15 de enero de 2018, actuó sin competencia, excediendo sus funciones, aspecto que indudablemente, fue determinante para que la Armada Nacional, perdiera la confianza en él.

Ahora bien, no le asiste razón al apoderado del extremo actor, al sostener que en los estudios previos solamente efectuó una **revisión** en calidad de

¹⁴ Ley 489 de 1998.

¹⁵ Artículo 10 Ley 489 de 1998. REQUISITOS DE LA DELEGACION. En el acto de delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren.

El Presidente de la República, los ministros, los directores de departamento administrativo y los representantes legales de entidades descentralizadas deberán informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “A”, consejero ponente Dr.: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, actor: DENILSON SANTOS RENTERÍA, demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA.

Asesor de Comando de la Base (Abogado), por orden directa del Señor Capitán de Fragata Jorge Molano, pues si bien la proyección de los estudios fue realizada por el Sub Oficial Pablo Mela Fajardo, no se puede pasar por alto que incorporó su firma como responsable de los mismos y, en virtud de ello, la Jefatura de Formación, Instrucción y Educación Naval, expidió las Resoluciones Nos. 03, 04 y 05 de 2018, pues en los actos administrativos que revocaron las decisiones allí adoptadas y que serán objeto de pronunciamiento más adelante, se plasmó que las resoluciones tuvieron *“como soporte para su elaboración, el estudio previo de fecha 15 de enero de 2018, suscrito por el Asesor del Comando Base Naval No. 6 ARC BOGOTA, orgánico de la Jefatura de Operaciones Logísticas de la Armada Nacional”*, los que difieren de *“los estudios previos presentados por la Jefatura de Operaciones Logísticas”*, circunstancia que demuestra una vez más, que el señor Roberto Carlos Ruiz Gómez se apartó de las funciones a su cargo, en la medida que se abrogó una competencia que no tenía.

De otro lado, la parte actora afirmó que no es cierto que las actas de los Comités de Capacitación se hayan surtido en forma anómala, toda vez que el actor las suscribió como usuario de un servicio, por lo tanto, su actuación es completamente regular y no obedece al desarrollo de sus funciones, sino al ejercicio de un derecho, además funcionalmente participaron en dichos comités el Jefe de la Oficina de Planeación y la abogada Nancy Molano en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica.

Sobre este aspecto, basta mencionar que no desconoce este Despacho que en las Actas Nos. 20180042660034293, 20180042660034123 y 20180042660034333, todas del 16 de enero de 2018, el demandante incorporó su firma en calidad de beneficiario; sin embargo, de la lectura de los estudios previos y de las Resoluciones Nos. 03, 04 y 05 de la referida anualidad, no se observa que hiciera parte de los funcionarios que fueron destinatarios de los apoyos económicos por los servicios de capacitación.

Además, en el dictamen pericial y su ampliación, emitidos por la CCADER Ana Victoria García Pereira el 19 de diciembre de 2018 y el 8 de marzo de 2019 - *respectivamente*, de conformidad con lo dispuesto en la investigación

disciplinaria adelantada en contra del demandante, se concluyó lo siguiente:

“(..)

c. Normas internas.

En los estudios previos se hace referencia a la Directiva Permanente 016 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JINEN-DIEDU -33.7 de fecha 30 de octubre de 2014, sin embargo, la misma tiene como finalidad “Fijar políticas, criterios y procedimientos para asignar los recursos disponibles para capacitación individual del personal de la Armada Nacional” y por ende, no es aplicable para las capacitaciones denominadas grupales. Sobre las capacitaciones grupales la Jefatura de Formación, Instrucción y Educación Naval mediante Circular No. 20160042660000037 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JINEN-OPLANED-DIVAD-13 de 2016, estableció un procedimiento específico.

4.3.2 Con relación a las actas del comité de Capacitación.

4.3.2.1 Resolución 003 de 2018. (Actualización en contratación estatal. \$100.000.000)

ACTA GENERAL No. 20180042660034123 MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JINEN-OPLANED.40 del 16 de enero de 2018 por medio de la cual de conformidad con el orden del día se adelanta: “Acta del comité de capacitación en actualización sobre legislación, jurisprudencia, disposiciones vigentes, cambios en los procesos contractuales y actualizaciones derivadas del decreto único reglamentario 1082 de 2015, así como el debido manejo de la plataforma de contratación SECOP II, de acuerdo con el presupuesto para capacitación asinado por orden administrativa 001-002-COARC-2018. (folio 353)

En el desarrollo se indica: “se efectúa votación para la escogencia de los siguientes establecimientos educativos:

1. FUNDACIÓN VISION JUVENIL
2. REDINCOL
3. COOPOUTSOURCING CTA

Se selecciona: FUNDACIÓN VISIÓN JUVENIL

Respuesta: Primero: De conformidad con lo establecido en la Circular No. 20160042660000037 MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JINEN-OPLANED-DIVAD-13 del 16 de febrero de 2016, para programas de educación que se gestionen con presupuesto de la Nación a través de Jefaturas o Direcciones, “(...) se conformará un comité de capacitación el cual tendrá como función recomendar al Jefe de la Jefatura de Formación, Instrucción y Educación Naval el Establecimiento Educativo que brinde el programa que mejor satisfaga la necesidad Institucional según el caso”, estableciendo los siguientes requisitos: (subrayas fuera del texto).

“(..) 2.2.2. La decisión se tomará por mayoría absoluta; es decir, por votación igual o mayor de 2 votos de las personas que conforman el Comité de Capacitación con derecho a voto.

2.2.3. El comité de capacitación no podrá sesionar si faltase alguno de sus miembros. (Subrayas fuera del texto)

2.3 Conformación del comité de capacitación

2.3.1 El Comité de voto estará integrado por:

- a) El usuario de la capacitación al cual ha sido asignado el presupuesto o su delegado.
- b) Director de Educación Naval o su delegado
- c) El Jefe de la Oficina de Planeación de la jefatura de Formación, Instrucción y Educación Naval o su delegado. (...)

Verificada el acta general No. 20180042660034123 MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JINEN-OPLANED.40 del 16 de enero de 2018 (folio 353), se evidencia la intervención de los siguientes miembros en el comité de capacitación:

Tipo de Documento	fecha	Folios	Persona(s) que suscriben el documento	Cargo
Acta General 20180042660034123 MDN- CGFM-CARMA-SECAR- JINEN-OPLANED.40	16/01/18	353/R	CF Roberto Ruiz Gómez	Beneficiario
			CF Molando Pinedo Jorge	Jefe Oficina Planeación Educación

Lo anterior implica, que no asistió el Director de Educación Naval o su delegado contraviniendo lo indicado en el subnumeral 2.2.3 del numeral 2.2 del numeral 2 "PARA PROGRAMAS DE EDUCACIÓN QUE SE GESTIONEN CON PRESUPUESTO DE LA NACIÓN A TRAVÉS DE JEFATURAS O DIRECCIONES" de la Circular 20160042660000037 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JINEN-OPLANED-DIVAD-13 del 16 de febrero de 2016.

(...)"

Expuesto lo anterior, se advierte que al levantar las actas, se incumplió con las previsiones contenidas en la Circular No. 20160042660000037 del 16 de febrero de 2016, contentiva del procedimiento que se debía llevar a cabo para asignar los apoyos económicos en el rubro de servicios de capacitaciones grupales, pues, según los parámetros señalados, debió conformarse un Comité de Capacitación, con el propósito de determinar el establecimiento educativo que brindaría la formación académica, el cual estaría integrado por: **i)** el usuario, a quien le fue asignado el presupuesto; **ii)** el Director de Educación Naval o su delegado y **iv)** el Jefe de la Oficina de Planeación de la Jefatura de Formación, Instrucción y Educación Naval o su delegado.

No obstante, solamente asistieron dos (2), de los tres (3) miembros, esto es, el usuario y el Jefe de la Oficina de Planeación de la Jefatura de Educación, de modo que, al no asistir el Director de Educación Naval, no se garantizó la imparcialidad en el sufragio, actuación en la que participó directamente el demandante, pues, se reitera, firmó como beneficiario de las mismas y, por ende, formó parte del Comité y concretó los centros que impartirían la formación, pues por un lado suscribió los estudios previos y por el otro avaló las empresas que prestarían el servicio.

Bajo dicha óptica, las Actas Nos. 20180042660034293, 20180042660034123 y 20180042660034333, todas del 16 de enero de 2018, no se ajustan a los parámetros establecidos por la entidad e indujeron en error a la Jefatura de Formación, Instrucción y Educación Naval, tan es así, que condujeron a la expedición de las Resoluciones Nos. 3, 4 y 5, a través de las cuales se asignaron los apoyos económicos para los seminarios

de Actualización en Contratación Estatal, Logística Integral y Actualización Nueva Versión y Técnica de Auditoria Ntc Iso 9001:2015.

Por otra parte, se aduce en la demanda que los estudios previos realizados por el Suboficial Pablo Mela Fajardo, de la Jefatura de Planeación Logística y revisados por el actor no contienen error, en la medida que fueron sometidos a un proceso de revisión por parte de la Asesora Jurídica, quien efectuó el control de legalidad de todos los documentos sometidos al conocimiento del contraalmirante Mario Germán Rodríguez Viera y quien en sede disciplinaria interna manifestó bajo la gravedad del juramento que antes y después de la expedición de las resoluciones mencionadas, se han adoptado otras, surtiendo exactamente el mismo proceso.

En efecto, se aportaron al expediente, las Resoluciones Nos. 049 del 20 de mayo, 081 del 30 de agosto, ambas de 2016 y 060 del 7 de junio de 2017 - ajenas al objeto de debate-, orientadas a la asignación de apoyos económicos para capacitar al personal de servidores públicos de la Armada Nacional, para adelantar seminarios con los establecimientos “*SUPPLY ESTUDIO DE CONSULTORIA SAS*” y “*GALOFRE & ASOCIADOS SAS*”; sin embargo, de su lectura no se puede establecer, si estos cumplían con las exigencias para la educación no formal, como tampoco se puede determinar las circunstancias de hecho que conllevaron a su emisión o si estas fueron o no ejecutadas, pues no obra prueba de ello en el expediente.

Ahora, no le resta validez el Despacho a lo señalado por la doctora Nancy Constanza Rodríguez Torres, Asesora Jurídica de la Jefatura de Formación, Instrucción y Educación Naval, en la declaración que efectuó el 21 de mayo de 2018, dentro de la investigación disciplinaria, tantas veces mencionada, respecto a la revisión de los actos administrativos, suceso al que se hizo referencia líneas atrás, pero no se puede desconocer lo expuesto por el perito, en el aludido dictamen, quien de forma juiciosa y detallada, luego de analizar la normatividad que rige la materia, los certificados de existencia y representación legal de los supuestos centros de educación y las páginas web del Ministerio de Educación, dedujo que en los estudios previos se aplicó una directiva diferente para la asignación de recursos para

capacitaciones grupales y enfatizó que las empresas que brindarían la formación, no cumplían los requisitos para dicho propósito.

En definitiva, se observa que el demandante no se encontraba facultado para suscribir los estudios previos para la asignación de apoyos económicos, cuyo objeto se circunscribía a capacitar al personal de servidores públicos de la Armada Nacional, en los seminarios de Actualización en Contratación Estatal, Logística Integral y Actualización Nueva Versión y Técnica de Auditoria Ntc Iso 9001:2015, los cuales, además, no cumplían los estándares frente a la normatividad que los debía preceder y respecto a los establecimientos que podían desarrollarlas; amen, que pese a que el actor pudo advertir la irregularidad que se presentaba en la votación para la escogencia de los planteles educativos que, de acuerdo a las necesidades de la institución, serían los prestadores de las mismas, pasó por alto dicho aspecto, suceso que, -se reitera- llama la atención de esta Juzgadora, por cuanto, la educación académica que ostenta, le permitía conocer las consecuencia de sus actuaciones y dado el cargo que ejercía no le era permitido que de forma equívoca aplicara los parámetros que rigen la contratación de la educación no formal en la institución.

Aunado a lo anterior, sorprende el hecho que el demandante atribuye que la actuación que desplegó se encontraba ajustada a los lineamientos de la institución, dado que su calidad de Asesor Jurídico de Contratación le permitía suscribir los estudios y, como usuario del servicio, participó en el Comité de Votación; empero, desplegó una serie de actuaciones, encaminadas a la revocatoria de las Resoluciones Nos. 03, 04 y 05, aspecto que es de gran relevancia para el Despacho, como quiera que, si las posibles irregularidades que se hubiesen ocasionado con la expedición de los actos administrativos no le eran imputables, tal como se afirma en la demanda, no habría lugar a que participara en la pérdida de ejecutoria de las decisiones adoptadas.

Al respecto, en el concepto de violación del libelo demandatorio, el apoderado del demandante, acotó que la revocatoria de los actos administrativos fue una decisión del mando institucional, dado que el demandante junto con el Capitán de Fragata Jorge Eduardo Molano Pinedo

recibieron órdenes verbales del Señor Contraalmirante Camilo Hernando Gómez Becerra, para invalidar o revocar las Resoluciones Nos. 03, 04 y 05 de 2018, quienes le reportaron por escrito el resultado de sus diligencias en tal sentido; sin embargo, dicho actuar no se encuentra demostrado en el *sub examine*.

Sobre el particular, en el escrito del 6 de marzo de 2018, dirigido al Contralmirante Camilo Hernando Gómez Becerra, Jefe de Operaciones Logísticas de la Armada Nacional, el demandante **aclaró** la situación presentada en las resoluciones, señalando que “no se prestaron las capacitaciones y por ende no se ejecutó el presupuesto”, toda vez que cada una de las firmas solicitaron la revocatoria “teniendo en cuenta que no existe ánimo comercial para prestar las capacitaciones y producto del tiempo transcurrido en el cual no se realizaron las coordinaciones para dar cumplimiento al evento”, pero en momento alguno, se hace alusión a que el proceder del oficial tuviese su origen en las supuestas órdenes verbales emitidas por el mando.

Ahora bien, obra en el plenario la petición elevada el 5 de marzo de 2018, por la doctora Paola Andrea Medaglia Rubio, Representante Legal de la Fundación Visión Juvenil, por medio de la cual solicitó la revocatoria de la Resolución No. 003 de dicha anualidad, en los siguientes términos:

«PAOLA ANDREA MEDAGLIA RUBIO, mayor y vecina de esta ciudad capital. identificada con cédula de ciudadanía N° 65'776.757 expedida en la ciudad de Ibagué - Tolima. actuando en nombre y representación de la FUNDACIÓN VISIÓN JUVENIL, persona jurídica identificada con NIT N°830.514.800-3 debidamente registrada ante Cámara de Comercio de Bogotá, por mi calidad de Representante Legal de manera comedida me dirijo a ustedes a través de este escrito con el fin de poner en conocimiento los siguientes:

A. Durante inicios del mes de Enero del año dos mil dieciocho (2018), presentamos oferta económica a la JEFA TURA DE FORMACIÓN, INSTRUCCIÓN Y EDUCACIÓN NAVAL, para llevar a cabo capacitación presencial a través de "Seminario de Actualización en Contratación Estatal”.

B Oferta que fue acogida y asignada por Acto Administrativo con Resolución N° 003 de 2018 fechada del día dieciséis (16) del mes de enero del año dos mil dieciocho (2018), mediante el cual se destinaron apoyos económicos para servicios de capacitación de acuerdo al proceso que enmarcado en los criterios pre- establecidos por la Directiva Permanente N° 016/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JI NEN-DIEDU 33-7

C. Desde el día dieciséis (16) del mes de enero del año dos mil dieciocho (2018), hasta la fecha la JEFA TURA DE FORMACIÓN, INSTRUCCIÓN Y EDUCACIÓN NAVAL – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, ha guardado silencio en asignación de cronograma y detalles para la ejecución de lo dispuesto en la con Resolución N° 003 de 2018, desconociendo totalmente a la fecha los pasos a seguir para dar cumplimiento a lo contratado.

Ante los por menores y silencio presentado en la propuesta acogida por parte de ustedes, respetuosamente solicito se viabilice la posibilidad de revocar lo dispuesto en la Resolución N° 003 de 2018, ya que es imposible dar cumplimiento en términos que los servicios contratados en dicha resolución según propuesta económica y petitoria elevada por parte de ustedes se desarrollaría durante el mes de Febrero del año en curso; a la fecha han pasado más de cuarenta y siete (47) días luego de haberse expedido dicha resolución haciéndose improbable atender el requerimiento por múltiples compromisos laborales que tiene la FUNDACIÓN VISIÓN JUVENIL» (negrita del Despacho).

Igualmente, se aportó al plenario el escrito del 6 de marzo de 2018, a través del cual el doctor Ramón Rosado López, Representante Legal de Supply Estudio de Consultoría S. A. S., solicitó la revocatoria de la Resolución No. 004 del 16 de enero del mismo año, al sostener:

“Yo, RAMON ROSADO LO PEZ, identificado con cedula de ciudadanía No. 79. 778.441 de Bogotá, actuando como representante legal de la compañía SUPPLY ESTUDIO DE CONSULTORIA SAS, con el NIT 900.810.605-6, me dirijo respetuosamente a usted para solicitarle se sirva dar curso a **la revocatoria de la resolución 004, de fecha 16 de enero de 2018, suscrita por su despacho, toda vez que a la fecha no hemos tenido comunicación directa con el personal de la Armada para poder dar cumplimiento y prestar así el servicio objeto de la mencionada Resolución”** (resaltado fuera del documento).

Así mismo, se aportó al expediente el escrito del 5 de marzo de 2018, en el cual el doctor Juan Carlos Galofre Balcázar, Representante Legal de la sociedad Galofre & Asociados S.A.S., solicitó la revocatoria de la Resolución No. 005 de la referida anualidad, al señalar:

“JUAN CARLOS GALOFRE BALCÁZAR, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 72.302.858 de Barranquilla, en mi condición de Representación de legal de la sociedad GALOFRE & ASOCIADOS S.A.S., con el N.1.T. 900.453.272-5 y la matricula No. 02124651 del 26 de julio de 2011, me dirijo respetuosamente a usted para solicitarle se sirva dar curso a **la revocatoria de la Resolución No. 005 de 2018, de fecha 16 de enero de 2018, suscrita por su Despacho, toda vez que a la fecha de la presente no he tenido comunicación directa con personal de la Armada para poder dar cumplimiento y prestar”**

así el servicio objeto de la mencionada Resolución” (negrita ajena al texto).

Como puede verse, las decisiones adoptadas por los representantes legales de las sociedades Fundación Visión Juvenil, Supply Estudio de Consultoría S. A. S. y Galofre & Asociados S.A.S., se originaron, según lo expuesto, por la falta de comunicación de la entidad para la prestación del servicio, aspecto que se contrapone a lo manifestado por el Teniente de Navío Andrés Felipe Bello Curcio, Oficial de Adquisiciones BN6, quien en el Oficio No. 20184251860283273 del 21 de marzo de 2018, le informó al Teniente de Navío Felipe Pérez Fanti, Jefe de la Oficina de Planeación de Educación Naval, lo siguiente:

“Con toda atención me dirijo al señor Teniente de Navío Jefe de la Oficina de Planeación de Educación Naval, en relación a la señal de radicado 20180042660273133 que trata de la solicitud de revocatoria de los contratistas de las resoluciones 03, 04 y 05 de 2018 elaboradas por la Jefatura de Incorporación, Formación y Educación Naval, para lo cual me permito informar lo siguiente:

- 1. A la lecha el porcentaje de avance de ejecución de la resolución (sic) 03, 04 y 05 es del 0%/ no se ha ejecutado ningún porcentaje del presupuesto, ni se ha realizado ninguna capacitación.*
- 2. A la fecha no se ha recibido ningún requerimiento del usuario para realizar las coordinaciones con los contratistas de las respectivas resoluciones.***
- 3. Se reciben 03 oficios de los contratistas de las resoluciones 03, 04 y 05, **a la fecha no he recibido alguna otra comunicación por parte de los contratistas solicitando detalles de cronograma o algo relacionado con las correspondientes resoluciones.***

Por lo anterior y teniendo en cuenta mi obligación como supervisor me permito solicitar su gestión para citar a una reunión al personal de usuarios y demás competentes para poder determinar el futuro de las resoluciones en mención” (negrita del Despacho).

Sobresale el hecho que, el Teniente de Navío Andrés Felipe Bello Curcio, en su calidad de supervisor de las Resoluciones Nos. 03, 04 y 05 de 2018, tal como se acredita en las Actas suscritas el 16 de enero de 2016, no recibió comunicación alguna del usuario de las capacitaciones o de los contratistas, con el propósito de que se llevaran a cabo las mismas, puesto que, solamente tuvo en su poder los escritos orientados a la revocatoria de los actos administrativos, por lo que, no se puede pasar por alto, lo referido por el Contralmirante Jhon Fabio Giraldo Gallo, Jefe de la Jefatura Jurídica Integral de la Armada Nacional, en el Oficio No. 15080R del 15 de marzo de 2018, en el sentido que no resulta entendible, la razón por la cual, si las

“empresas no sabían de las verificaciones que se estaban adelantando”, por qué solicitaban que se dejaran sin efecto, además “desde un punto de vista meramente contractual, es muy poco probable, poco común y bastante extraño, que, por lo menos un contratista que se estructura y lo que espera es el logro de una utilidad y un lucro, solicite a la Administración Pública revocar derechos ya otorgados por cuanto, aduce, no fueron llamados para dar cumplimiento a la ejecución”.

Así las cosas, el Despacho comparte el cuestionamiento realizado por el Comité de Evaluación de la institución, incorporado en el acto de retiro, en el sentido que *“Si los oficiales solamente estructuraron los procesos contractuales, si solo pensaron en brindar sendas capacitaciones para el personal de la Armada Nacional, tal y como lo escriben en su escrito, por qué de manera conjunta siguen haciendo seguimientos y controles a tales procesos 50 días después, hasta el punto de saber que las tres empresas ya no tenían ánimo comercial y que las tres solicitaban la revocatoria de los actos administrativos de adjudicación”,* inquietud que se dirime con lo afirmado por el Vicealmirante Jorge Enrique Carreño Moreno, Inspector General de la Armada Nacional, quien según lo plasmado en el citado acto administrativo, refirió:

*“en el mes de febrero del año que transcurre el Capitán de Fragata JORGE EDUARDO MOLANO PINEDO y el Capitán de Fragata ROBERTO CARLOS RUIZ GÓMEZ, acudieron a su despacho con el fin de hacer aclaración a los hechos que en ese momento cursaban en la Inspección General con relación a los tres procesos contractuales, afirmando que los oficiales **le manifestaron tener conocimiento de los hechos que hablan realizado y que por lo mismo habían acudido hasta la sede de los tres contratistas con el fin de inducirlos a que solicitaran la revocatoria del acto administrativo que les había adjudicado el contrato a cada uno de ellos, con miras a que no se hiciera ejecución del presupuesto”** (resaltado ajeno al texto).*

En ese sentido, el demandante era conocedor de las actuaciones que desplegó, con el objeto de que el área correspondiente profiriera las resoluciones en mención, aspecto que fue determinante para que el oficial acudiera ante las empresas que fueron las beneficiarias de la prestación del servicio de educación no formal, con el fin de que solicitaran la revocatoria de los actos, tal como ocurrió, razón por la cual, pese a que se alude que el señor Roberto Carlos Ruiz Gómez suscribió los estudios previos, dada la

necesidad de la contratación, por cuanto entraba en vigencia la ley de garantías y que existían las partidas presupuestales para que se llevaran a cabo las capacitaciones grupales, dichas circunstancias no conllevaban *per se* que se abrogara facultades que no le fueron conferidas.

Precisamente, el H. Consejo de Estado, en providencia del 21 de junio de 2018¹⁷, definió la competencia como “... *la aptitud o autorización que tiene todo funcionario u organismo estatal para ejercer las funciones y la autoridad que le han sido asignadas, dentro de circunstancias objetivas y subjetivas señaladas en la Constitución, la ley o el reglamento, y sólo dentro de ellas... La competencia significa que todo funcionario público, en el desempeño de su cargo, sólo puede hacer lo que le está permitido... Es una consecuencia de la limitación del poder público que surgió con el Estado de Derecho, es decir, del principio de legalidad, y una forma de llevar tal limitación a toda persona que ejerza dicho poder. (...)*”.

De modo tal, que no existe juicio de reproche en relación con las consideraciones efectuadas por el Comité de Evaluación para el Retiro Discrecional en el Acta No. 464 del 20 de marzo de 2018 y por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional en el Acta No. 003 del 21 de marzo de 2018, pues cada actividad que ejecutó el actor en torno a que se profirieran las Resoluciones Nos. 03, 04 y 05 de 2018 y su posterior revocatoria, conllevan a la institución a perder la confianza del Oficial,

En consecuencia, para esta juzgadora quedó acreditado que el Comité de Evaluación para el Retiro Discrecional y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional cumplieron con su deber, exponiendo de forma concreta las razones ciertas y objetivas que condujeron a recomendar la desvinculación del demandante de la institución, con la única finalidad del mejoramiento del servicio, de lo que se concluye que, la Resolución No. 3625 del 24 de mayo de 2014, **no adolece de falsa motivación**, toda vez que no se evidencia una aplicación errónea del artículo 104 del Decreto 1790 2000.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN QUINTA
Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO, expediente No. Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00512-01, Actor: ARTURO PERDOMO GÓNGORA, demandado: MUNICIPIO DE IBAGUÉ.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A”, mediante sentencia del 6 de septiembre de 2018, C. P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández, proferida dentro del proceso No. 05001-23-31-000-2003-02262-01(2809-13)¹⁸, señaló:

«Es pertinente mencionar que la falsa motivación aludida debe ser probada por el actor, y que no le es dable establecer al demandante que fue por otro motivo, por un simple supuesto o parecer, cuestión que no se demostró en el plenario.

(...)

En cuanto a la falsa motivación, esta Subsección ya había analizado el asunto mediante providencia de 17 de agosto de 2017¹⁹, en donde expresó lo siguiente:

«De conformidad con el artículo 84 del CCA²⁰ la falsa motivación es una causal de nulidad de los actos administrativos que ha sido entendida como aquella razón que da la administración de manera engañosa, fingida, simulada, falta de ley, de realidad o veracidad al adoptar una decisión. De igual forma la falsa motivación se configura cuando las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen para la emisión del acto administrativo respectivo, traducidas en la parte motiva del mismo, no tienen correspondencia con la decisión que se adopta o disfrazan los motivos reales para su expedición.

En punto de la definición de esta causal, resulta pertinente acudir al análisis que ha realizado la doctrina sobre la figura en los siguientes términos²¹:

Según un concepto amplio de la falsa motivación, ésta es la causal de nulidad de los actos administrativos que agrupa los vicios de éstos consistentes en irregularidades que se refieren al elemento causal y a su expresión en el acto que implican un desconocimiento de principios esenciales del derecho Administrativo como lo son el de organización del Estado Democrático de Derecho, el principio de legalidad de la actividad administrativa, los principios derivados de los derechos y garantías sociales, y el de responsabilidad personal del funcionario.

Concretado lo anterior, toda función administrativa tiene origen en una norma superior, la cual prevé de manera general los motivos o antecedentes por los que puede aplicarse la consecuencia; los motivos en cada caso deben coincidir con esos previstos por la norma, respetando además otros principios generales del derecho Administrativo, y el funcionario los expresará en la declaración

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “A”, Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, actor: OSCAR ORLANDO DUQUE OLANO, demandado: MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL

¹⁹ Sentencia de 17 de agosto de 2017. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección «A». M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Radicación número: 05001-23-31-000-2003-00341-01(2096-12). Actor: María Elena Díez Vargas. Demandado: Tecnológico de Antioquia.

²⁰ Hoy en día medio de control de nulidad, artículo 137 del CPACA.

²¹ Largacha Martínez, Miguel y Posse Velásquez Daniel, Causales de anulación de los actos administrativos, Editorial «Doctrina y Ley», Bogotá, 1988, páginas 165 y 166

cuando la motivación sea necesaria. Cualquier irregularidad en los anteriores requisitos constituye un vicio de falsa motivación.

... el nombre falsa motivación no implica que para la ocurrencia de la causal se necesite la intención dolosa de falsear los motivos, pues basta la errónea motivación, la equivocación involuntaria, sin intención de encubrir o aparentar nada, para que de todas maneras haya una irregularidad que perjudica al Estado, a la Administración o a los particulares, y que por lo tanto justifica la declaración de nulidad del acto» (negrita del Despacho).

Bajo dicho criterio jurisprudencial, la administración podía disponer del retiro del oficial, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación para el Retiro Discrecional y de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, como en efecto ocurrió.

5.4.1.3.3. Indebida o errada aplicación - interpretación o hermenéutica sistemática (el alcance y sentido de las normas se establece en consideración al contenido de otras).

Señaló el apoderado del actor que para sancionar las ignominiosas aseveraciones que se hacen en contra del oficial, como justificación para desvincularlo de la Institución, se debió dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 108 y 110 del Decreto 1790 de 2000, puesto que el artículo 104, no era el jurídicamente aplicable a las premisas de hecho enunciadas en la resolución y en las actas.

El artículo 108 del Decreto 1790 de 2000, modificado por el artículo 26 de la Ley 1104, dispone:

“ARTÍCULO 108. RETIRO POR INCAPACIDAD PROFESIONAL. <Artículo modificado por el artículo 26 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares serán retirados por incapacidad profesional, por:

a) No obtener calificaciones aprobatorias en cursos o exámenes de capacitación profesional para ascenso, de acuerdo con este decreto y con las disposiciones que lo reglamenten;

b) Ser clasificados en Lista No 5 con cualquier tiempo de servicio, de acuerdo con el reglamento de evaluación y clasificación para el personal de las Fuerzas Militares;

c) Ser clasificado en Lista No 4, de acuerdo con el reglamento de

evaluación y clasificación para el personal de las Fuerzas Militares, y tener el tiempo para llamamiento a calificar servicios”.

Por su parte, el artículo 110 *ejúsdem*, refirió:

“ARTÍCULO 110. RETIRO POR CONDUCTA DEFICIENTE. *Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares serán retirados en cualquier tiempo del servicio activo por conducta deficiente cuando su clasificación anual sea en lista No. 5 de acuerdo con el Reglamento de Evaluación y Clasificación para el personal de las Fuerzas Militares, en virtud de haber sido sancionado disciplinariamente en varias ocasiones”.*

De la normatividad en cita, se concluye que **quienes se ubiquen en la lista cuatro** están expuestos a que sean retirados del servicio, siempre y cuando ostenten 15 años de servicio, desvinculación a la que también está sometido el **personal que sea pertenezca a la lista cinco**, con cualquier tiempo, clasificaciones en las que no se encuentra el demandante, pues pese a que a la fecha de su retiro tenía un tiempo de servicios de **15 años, 3 meses y 28 días**, tal como se desprende del extracto de su hoja de vida, no se evidencia que una vez fueron valoradas todas y cada una de las evaluaciones y clasificaciones que le fueron realizadas, se situara en los referidos listados.

Al respecto, se resalta que durante el tiempo que el actor prestó sus servicios a la Armada Nacional se caracterizó por ser clasificado en las listas UNO, DOS y TRES, las cuales corresponde a “EXCELENTE”, “MUY BUENO” y “BUENO”, como se advierte del Formulario No. 4, contentivo de la evaluación y clasificación de Oficiales y Suboficiales (artículo 34 del Decreto 1799 de 2000).

En consecuencia, no es dable afirmar, como lo sostiene el apoderado del señor Roberto Carlos Ruiz Gómez, que para ser retirado de la institución debió darse aplicación a lo dispuesto en la referida normatividad, toda vez que, la decisión adoptada por la entidad en la Resolución No. 3625 del 24 de mayo de 2018, devino por razones del buen servicio y no obedeció a la calificación insatisfactoria en cursos o exámenes de capacitación profesional para ascenso, o por ser clasificado en las Listas No. 4 o 5 o por haber sido sancionado disciplinariamente en varias ocasiones.

Además, vale la pena aclarar que la trayectoria profesional y las felicitaciones que en su momento se hayan otorgado al demandante, no generan un factor de inamovilidad como tampoco vinculan a la Administración para no decidir su remoción, habida cuenta que, no se traducen en una estabilidad laboral absoluta, que impida a la institución acudir a la figura de retiro, amén que no se exige como requisito, el estudio de la hoja de vida del Militar, pues, implica el ejercicio de una facultad discrecional, tal como lo señaló la H. Corte Constitucional en la sentencia SU 172 – 2015, proferida el 16 de abril de 2015²², al señalar:

“80. Cabe aclarar que para esta Corte puede existir otras razones que motiven el retiro del servicio activo, que no son estrictamente valoradas a través de la hoja de vida o el buen desempeño del agente; sin embargo, mientras no haya otros elementos de juicio expresados en el acto administrativo o en el concepto previo del comité de evaluación o de la junta asesora, tales pruebas, encaminadas a acreditar la buena conducta del agente, deben ser valoradas...” (negrita del Despacho).

En ese orden de ideas, se concluye que, en el plenario se encuentra debidamente acreditado que el acto administrativo de retiro cuya nulidad se depreca en la presente controversia, estuvo fundado en el interés de mejorar la calidad del servicio de la Armada Nacional, lo que razonablemente repercute en la confianza de la comunidad hacia la institución.

5.4.1.3.4. Violación del derecho de audiencia y defensa.

Se afirma en la demanda que con en la Resolución No. 3625 del 24 de mayo de 2018, se impuso una sanción al demandante por haber revisado un estudio previo que no fue elaborado por él, tal como se colige del testimonio del Suboficial Melo Fajardo, autor del plurimencionado documento y por la expedición de actos administrativos que no fueron efectuados, proyectados, ni analizados, puesto que, tales actuaciones fueron adelantadas por suboficiales, oficiales y funcionarios que sospechosamente no fueron llamados a responder por las presuntas "infracciones" derivadas de la expedición y trámite de la asignación de recursos para capacitación.

²² Magistrada Ponente Dr.: Gloria Stella Ortiz Delgado, Referencia: Expediente T-4.076.348, acción de tutela instaurada por Fernando Crispancho Ariza contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, procedencia: Sección Quinta del Consejo de Estado, Asunto: Facultad discrecional del Gobierno Nacional para el retiro de miembros de la Policía Nacional, en servicio activo.

Al respecto, vale la pena resaltar que, el acto administrativo que retiró al demandante del servicio activo, deviene del actuar discrecional del Ministerio de Defensa Nacional, el cual está debidamente sustentado y se encuentra plenamente justificado en el artículo 104 del Decreto 1790 de 2002, sin que para su expedición, se exija prueba alguna sobre delitos o faltas, en la medida que tales asuntos se escapan de esta causal de desvinculación, por lo tanto, si bien la resolución cuya nulidad se depreca en la presente controversia, condujo al cese de las funciones del oficial, lo cierto es que ello no comporta una sanción.

Por demás, cabe advertir que, mediante auto del 23 de diciembre de 2020, el Contralmirante Harry Ernesto Reyna Niño, Jefe de Formación, Instrucción y Educación Naval, declaró la **nulidad parcial** de lo actuado dentro de la Investigación Disciplinaria No. 023-JINEN-2018, adelantada en contra del demandante, a partir del auto del 16 de agosto de 2019, bajo la premisa que la vaguedad o ambigüedad de las calificaciones jurídicas descritas en el auto de cargos frente a los presuntos hechos constitutivos de faltas disciplinarias, generan imprecisiones frente a las disposiciones legales en que se fundamentaron y, en consecuencia, *“la decisión de nulidad radicará en la imprecisión de las normas que se estiman violadas y que se traduce en una eventual falta disciplinaria”*.

Así las cosas, no se puede atribuir que con ocasión del proceso disciplinario se diera origen al retiro del actor, pues tal como lo sostuvo el Contralmirante Harry Ernesto Reyna Niño, Jefe de Formación, Instrucción y Educación Naval, en el Oficio No. 20210421242187213 del 7 de julio de 2021 *“Actualmente las diligencias se encuentran en estudio y evaluación de acuerdo con lo establecido en el artículo 233 de la Ley 1862 de 2017 y las solicitudes presentadas por la defensa de los investigados, con el fin de disponer la citación a audiencia o el archivo del expediente, por lo tanto, a la fecha no existe decisión de fondo en estas diligencias.”*

Ahora bien, tal como se señaló en acápite anterior de esta providencia, el retiro del servicio del demandante obedeció a la usurpación de facultades inherentes a un funcionario de mando, situación que fue suficiente para que la institución perdiera la confianza en él depositada, pues su conducta fue decisiva para la emisión de las Resoluciones Nos. 03, 04 y 05, todas de

2018, o frente a las Resoluciones Nos. 020, 021 y 022 del 12 de abril de la misma anualidad, a través de las cuales, el Jefe de Formación, Instrucción y Educación Naval, revocó dichos actos administrativos, en los cuales, se afirmó que de ejecutarse los apoyos económicos en la forma como se estableció, se *“estaría ante un eventual incumplimiento de la necesidades reales de esa Jefatura, causándose con ello un agravio injustificado”*.

Además, no se puede pasar por alto que, según lo contenido en los actos revocatorios, existía diferencias entre los estudios previos presentados por la Jefatura de Operaciones Logísticas del 6 de diciembre de 2017, frente a los suscritos por el demandante el 15 de enero de 2018, siendo estos últimos, los utilizados para efectuar las resoluciones de asignación de apoyos económicos, por lo que, de haberse perfeccionado las capacitaciones, podría configurarse un detrimento patrimonial del Estado.

Ahora, si bien el señor Jorge Molano Pinedo, en la declaración que rindió ante este Despacho el 22 de abril de 2021, señaló que no es cierto que existieran estudios previos realizados en el año 2017, por el Capitán de Fragata Pitta, toda vez que dicha afirmación fue desmentida por este, en declaración que rindió dentro del proceso disciplinario y, en consecuencia, existió una falsedad en la declaración del Contralmirante Camilo Gómez Becerra -citada anteriormente-, lo cierto es que, al plenario se acompañaron los estudios previos suscritos el **16 de noviembre de 2017**, por el Capitán de Fragata Javier Alberto Pitta Vargas, Jefe de la Oficina de Planeación Logística, cuyo objetivo se circunscribía a capacitar al personal de la Jefatura de Operaciones Logísticas de la Armada Nacional, como: a) Auditores bajo la norma ISO 9001:2015 y el plazo máximo para la realización de la actividad era hasta el *“30 de JUNIO de 2018”* y b) Logística Integral y cadena de suministros, cuyo plazo para su realización era hasta el *“30 de noviembre de 2018”*, las cuales contenían los anexos denominados *“ESTUDIO COMPARATIVO Y COTIZACIONES CURSOS”*, respecto de los establecimientos educativos, costos y cotizaciones, por lo que no se puede establecer que los motivos que originaron las Resoluciones Nos. 020, 021 y 022 del 12 de abril, todas de 2018, no obedezcan a la realidad

5.4.1.3.5. Ignorancia supina de la ley y de hechos notorios.

Sostuvo el apoderado del demandante que al aseverar que sólo las universidades reconocidas por el Estado están habilitadas para "*capacitar*" al personal de las fuerzas armadas (ninguna o muy pocas tienen en sus programas cursos de buceo o de mantenimiento de naves), se desconoció la norma y la realidad abrumadora del mercado.

Sobre este aspecto, es del caso reiterar lo señalado por la CCADER Ana Victoria García Pereira, en el dictamen pericial y su ampliación el 19 de diciembre de 2018 y el 8 de marzo de 2019 - *respectivamente*, en el sentido que la "*FUNDACIÓN VISIÓN JUVENIL*" y las sociedades "*SUPPLY ESTUDIO DE CONSULTORIA SAS*" y "*GALOFRE & ASOCIADOS SAS*", no reunían las exigencias para ser catalogados como establecimientos educativos, al indicar:

"(...)

En conclusión, con base en lo indicado en el presente documento, no es factible dar aplicación a lo establecido en el artículo 18 de la Ley 1873 de 2017 toda vez que las personas jurídicas a las cuales se les ordenó el pago mediante las resoluciones 003, 004 y 005 JINEN de 2018 toda vez que no se encuentran registradas como establecimientos educativos y el requisito establecido en la precitada norma es que sean establecimientos educativos.

c. En el inciso quinto de la parte considerativa se indica: "Que la Directiva Permanente No. 016 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JINEN-DIEDU 33.7 de fecha 30 de octubre de 2014, proferida por el señor Comandante de la Armada Nacional, fija políticas, criterios y procedimientos para asignar los recursos disponibles para capacitación individual del personal de la Armada Nacional", la cual no aplicaría para las capacitaciones grupales.

4.4 Requerimiento

"Señalar si a las Entidades "FUNDACIÓN VISIÓN JUVENIL", SUPPLY ESTUDIO DE CONSULTORÍA S.A.S y "GALOFRE ASOCIADOS", se podía hacer la adjudicación de las Resoluciones 003, 004 y 005 JINEN de 2018, para la adquisición de Servicios de Capacitación Grupal por parte de la Jefatura de Formación, Instrucción y Educación Naval"

Respuesta: Teniendo en cuenta que el fundamento jurídico sobre el que se erige la expedición de las Resoluciones 03, 04 y 05 JINEN 2018 es el artículo 18 de la Ley 1873 de 2017 no sería factible de conformidad con lo establecido en el artículo 138 de la Ley 115 de 1994 y el Decreto 1075 de 2015, ordenar servicios de capacitación con las firmas FUNDACIÓN VISIÓN JUVENIL, SUPPLY ESTUDIO DE CONSULTORÍA S.A.S y GALOFRE ASOCIADOS toda vez que no se encuentran registrados como establecimientos educativos.

(...)"

Y en la ampliación de la experticia, afirmó lo siguiente:

"(...)

Así las cosas, para ofrecer servicios de capacitación para el trabajo y desarrollo humano (no formal) se requiere ser establecimiento educativo y contar con reconocimiento de la secretaria de educación de la entidad territorial respectiva, razón por la cual, desde lo reglado en la Ley 115 de 1994, Ley 1064 de 2006 y Decreto 1075 de 2015, a las personas jurídicas FUNDACIÓN VISIÓN JUVENIL, SUPPLY ESTUDIOS DE CONSULTORÍA SAS Y GALOFRE ASOCIADOS, al no ser establecimientos educativos de conformidad con la información suministrada en las siguientes páginas
...www.mineduccion.gov.co/sistemasinfo/snies/;
<https://siet.mineduccion.gov.co/consultasiet/institucion/index.jsp> y
<https://dueb.educacionbogota.edu.co/Dueb/>, no se les puede bajo lo indicado en la Ley 1873 de 2017 (fundamento jurídico de los actos administrativos expedidos por la Jefatura de Formación, Instrucción y Educación Naval) girar directamente recursos por pago de matrículas para la participación de funcionarios públicos en programas de capacitación y por ende, la Jefatura de Formación, Instrucción y Educación Naval no podría ordenar servicios de capacitación con ellas.

(...)"

En ese sentido, no se puede establecer, como erróneamente lo quiere hacer ver la parte actora, que la Jefatura de Formación, Instrucción y Educación Naval solamente asignara recursos para capacitación con centros universitarios, pues, pese a que se trataba de educación no formal, era requisito *sine qua non* que el establecimiento que prestara el servicio contara con reconocimiento de la Secretaría de Educación, requisito que no reunían la fundación y asociaciones que fueron destinatarias de las Resoluciones Nos. 03, 04 y 05, todas de 2018.

Así las cosas, se encuentra demostrado que en las **Actas Nos. 464 del 20 de marzo de 2018**, del Comité de Evaluación para el Retiro Discrecional y **003 del 21 de marzo de 2018**, emitida por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, que sirvieron de fundamento para el retiro del demandante, a través de la Resolución No. 3625 del 24 de mayo de 2018, quedó constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó respecto de las irregularidades que se presentaron para la asignación de apoyos económicos para capacitar al personal de servidores públicos de la Armada Nacional y la participación del actor en las actuaciones preparatorias a la consolidación de las Resoluciones Nos. 03, 04 y 05 de la misma anualidad y posterior revocatoria, lo que permite establecer que su retiro por facultad discrecional obedeció al mejoramiento del servicio, como lo determinó la H. Corte Constitucional en la sentencia SU - 091 del 25 de febrero de 2016.

En ese sentido, no se demostró que la Resolución No. 3625 del 24 de mayo de 2018, fuera expedida con un fin distinto y ajeno a la potestad del Ministerio de Defensa Nacional de realizar renovación generacional dentro de la línea jerárquica institucional por el mejoramiento del servicio y los argumentos expuestos en el libelo demandatorio no sustentan por sí solos que fue proferida contrariando el espíritu de la Ley y el ordenamiento jurídico, incurriendo en un vicio que amerite declarar su nulidad.

Sobre dicho aspecto, el H. Consejo de Estado²³, discurrió:

“El actor pretende demostrar esta censura con suposiciones y pareceres personales, sin allegar prueba fehaciente que demuestre el fin torcido de la administración, cuestión que no es posible tratándose de la censura por desvío de poder, como quiera que la carga de la prueba le incumbe al demandante que alega el fin contrario al buen servicio y en este aspecto, la prueba ha de ser contundente, con el fin de desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos de la administración.”.

Así las cosas, se encuentra demostrado que en el *sub lite* se cumplió a cabalidad con los requisitos establecidos en la ley y la jurisprudencia, respecto al retiro del actor, pues contó con la recomendación del Comité de Evaluación para el Retiro Discrecional y de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, razón por la cual, se garantizó el derecho al debido proceso que le asistía; máxime, en consideración a que el retiro del servicio del señor Roberto Carlos Ruiz Gómez obedeció a requisitos de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad, sin que se observe violación de las disposiciones invocadas en la demanda y sin que se haya desvirtuado por parte del demandante, la presunción de legalidad que reviste los actos demandados, lo que conduce a que se denieguen las súplicas de la demanda y, en ese sentido, por sustracción de materia no hay lugar a pronunciamiento alguno, frente a los perjuicios deprecados en el libelo demandatorio.

5.4. COSTAS.

²³ Consejo de Estado, sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 9 de marzo de 2000, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, Radicado 815-99, Actor: Wilson Ortiz Díaz.

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.- DENEGAR las súplicas de la demanda por las consideraciones señaladas en esta 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

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 031 de hoy 05 de noviembre de 2021 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA POLÓN 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:

**023826bd4bab3c222be936652b587198f7ac777850034c42606f187f3
8ac3d5d**

Documento generado en 04/11/2021 02:33:39 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., cuatro (04) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-2020-00146-00
Demandante: ANDRÉS MARTÍN TAPIAS SANDOVAL
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

El señor **ANDRÉS MARTÍN TAPIAS SANDOVAL**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.516.467, 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

1.1.1. Pretende el demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 27 de septiembre de 2018, frente a la petición elevada el 27 de junio de la misma anualidad, 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.

1.1.2. Declarar que el actor 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:

1.1.3. 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 la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

1.1.4. Dar cumplimiento al fallo en el término de 30 días, contados desde la comunicación éste, tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.1.5. Reconocer y pagar los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción por 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 que ponga fin al presente proceso.

1.1.6. 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.

1.1.7. Condenar en costas a la parte demandada, conforme con lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A., el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones, el 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, el actor le solicitó al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día “1/5/2018”, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Que por medio de la Resolución No. 0046 del “21 DE SEOPTIEMBRE (sic) DE 2017”, le fueron reconocidas las cesantías al actor, las cuales fueron canceladas el 27 de febrero de 2018, 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° ibidem, 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 el actor solicitó la cesantía el 21 de septiembre de 2017, pero el pago se realizó el 27 de febrero de 2018, por lo que trascurrieron varios 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 “27 DE FEBRERO DE 2018”, el actor 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 los 65 días hábiles, después de haber radicado la solicitud.

Refiere que el 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 del actor, 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. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **16 de marzo de 2021**, radicado vía correo electrónico, el mismo día, 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.

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.

Por su parte, la apoderada de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **23 de agosto de 2021**, describió el traslado de las referidas excepciones, en forma oportuna, oponiéndose a su prosperidad.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte Demandante

La apoderada de la parte actora, a través de escrito allegado el **30 de septiembre de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiéndole que se encuentra acreditado dentro del proceso: i) la calidad de docente del demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías, iii) el acto mediante el cual se reconoció al actor la cesantía definitiva, 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, señaló que estos proceden desde el 27 de marzo de 2018 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. **20211182548181 del 22 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 **52** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por el 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 el señor Procurador Delegado 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 impide 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. 0046 del 2 de enero de 2018, mediante la cual la Secretaría de Educación del Distrito reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva al demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 21 de septiembre de 2017.

5.2.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2018-103475 del 27 de junio de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual el actor deprecó el reconocimiento y pago de la sanción por mora.

5.2.3. Certificación expedida por la Fiduprevisora S. A., donde hace constar que el pago de las cesantías definitivas quedó a disposición del demandante, a partir del 27 de febrero de 2018.

5.2.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo ante la Procuraduría 50 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

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 27 de junio 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 el actor.

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 el demandante el **27 de junio 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 27 de junio 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.*

(...)”.

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

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.

(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 del actor.

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 el señor Andrés Martín Tapias Sandoval, ostentó la calidad de docente vinculado a la Secretaría de Educación del Distrito 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 servidor público y, por ende, es destinatario 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. 0046 del 2 de enero de 2018, el demandante solicitó el pago de sus cesantías definitivas el **21 de septiembre 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 **12 de octubre del mismo año**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **2 de enero de 2018**, 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 **22 de septiembre 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 **5 de enero de 2018**, suma quedó a disposición del actor desde el **27 de febrero de dicha anualidad**, como consta en el oficio expedido por la Fiduprevisora S.A., incurriéndose en mora desde el **5 de enero de 2018 hasta el 26 de febrero del mismo año**.

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. 0046 del 2 de enero de 2018, que el actor se desvinculó del servicio a partir del 8 de abril de 2017, razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por el actor el día **7 del mismo mes y año**.

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 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

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.

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 de febrero de 2018** 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 el señor Andrés Martín Tapias Sandoval el 27 de junio 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 **5 de enero de 2018 y el 26 de febrero del mismo año.**

El valor del salario es el vigente para el **7 de abril de 2017**, pues el retiro se dispuso a partir del 8 del mismo mes y año, entendiéndose que

corresponde a la asignación básica devengada por el actor 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”*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, el 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 **5 de enero de 2018** y el señor Andrés Martín Tapias Sandoval formuló reclamación administrativa el **27 de junio de 2018**, en tanto la demanda se presentó el **21 de julio de 2020**, de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.7. COSTAS

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.

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 **27 de junio de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2018-103475.

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-2018-103475 del 27 de junio de 2018**, a través de la cual el 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 al señor **ANDRÉS MARTÍN TAPIAS SANDOVAL**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.516.467, 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 **5 de enero de 2018 y el 26 de febrero del mismo año**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para el **7 de abril de 2017**, pues el retiro se dispuso a partir del 8 del mismo mes y año, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por el actor 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 **28 de febrero de 2018 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 al actor excepto los ya causados, a petición del mismo.

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. 031, de hoy 05 de noviembre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAJACHO Registraduría

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:

**9630f6a642a5fa8a10ad165e1aa910bca24f27d4ad6e4adc9b76cc43ebc3d3
db**

Documento generado en 04/11/2021 03:14:52 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., cuatro (4) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-2020-00231-00
Demandante: MARÍA SOLEDAD MARTÍNEZ ROJAS
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **MARÍA SOLEDAD MARTÍNEZ ROJAS**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.494.122, 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 octubre de 2019, frente a la petición elevada el 2 de julio de 2019, por medio de la cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la ley 1071 de 2006.

(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 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 25 de febrero de 2016, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Que por medio de la Resolución No. 3470 del 15 de junio 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 25 de febrero de 2016, siendo el plazo para pagarla el día 10 de junio de 2016, pero se realizó el pago el 30 de agosto de 2016, por lo que trascurrieron 70 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 2 de julio 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 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 65 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 **19 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 como medio exceptivo la **prescripción**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2512 del Código Civil y 151 del Código Procesal del Trabajo.

Sostuvo que, si bien la Constitución Política protege las garantías de los trabajadores y, por ende, estas son irrenunciables e imprescriptibles, no sucede lo mismo con las consecuencias económicas del ejercicio de estos derechos, tal como lo señaló la H. Corte Constitucional en la sentencia C-916 del 16 de noviembre de 2010, la cual se ocupó de citar.

Igualmente, refirió que el Consejo de Estado en la providencia proferida el 15 de febrero de 2018, dentro del expediente No. 2013-00188, se pronunció frente al fenómeno prescriptivo y a través de la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, (CE-SUJ2-004-16), se precisó que el pago de la mora que está a cargo del empleador por el incumplimiento de sus obligaciones, como es el caso de la consignación de las cesantías, son accesorios a dicha prestación y, en ese sentido, se debe dar

aplicación al referido artículo 151 del C. P. T., según el cual las acciones prescriben en tres (3) años, contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible.

Afirmó que de las pruebas documentales obrantes en el plenario, se advierte que la demandante elevó la solicitud de las cesantías el **25 de febrero de 2016**, razón por la cual el plazo para su reconocimiento y pago feneció el **10 de junio de 2016**, siendo cancelada el **26 de agosto de 2016** configurándose un total de **76 días de mora**; sin embargo, operó la prescripción de la acción, en la medida que la reclamación administrativa se presentó hasta el **2 de julio de 2019**, esto es, 3 años y 23 días posteriores a la exigibilidad del derecho.

IV. ALEGATOS

4.1 Parte demandante

El apoderado de la parte actora mediante escrito allegado el **29 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. 20211182549081 del 22 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 **76** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante; sin embargo, afirma que en el presente caso operó el fenómeno de la prescripción, por cuanto la reclamación administrativa se presentó solo hasta el 2 de julio de 2019, es decir 3 años y 23 días, posterior a la exigibilidad del derecho, - 10 de junio de 2016-.

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.

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 prescripción propuesta por la entidad

demandada se advierte que será resuelta en acápite posterior de este escrito.

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. 3470 del 15 de junio 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 25 de febrero de 2016.

5.2.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2019-108278 del 2 de julio de 2019, 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 30 de agosto de 2016.

5.2.4. Formato único para expedición de certificado de salarios expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá, correspondiente a la actora.

5.2.5. Certificación expedida por la Fiduprevisora S.A, donde hace constar que el pago de las cesantías quedaron a disposición de la demandante el 26 de agosto de 2016.

5.2.6. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 26 de marzo de 2020, ante la Procuraduría 134 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

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 2 de julio 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 reclamada por la actora.

Así mismo, deberá establecer el Despacho, si se configuró el fenómeno prescriptivo alegado por la apoderada de la entidad demandada al contestar el libelo demandatorio.

5.4. 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 2 de julio 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 2 de julio 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.*

(...)"

5.4.1. 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 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

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.

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 María Soledad Martínez Rojas 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 LA PALMA, 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. 3470 el 15 de junio de 2016, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **25 de febrero de 2016**, 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 2016**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **15 de junio 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 **26 de febrero de 2016**, 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 **10 de junio de 2016**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **26 de agosto de 2016**, como consta en la certificación expedida por la Fiduciaria la Previsora S.A., incurriéndose en mora desde el **10 de junio de 2016 hasta el 25 de agosto de 2016**.

Al respecto, es menester aclarar que, si bien en el desprendible del Banco BBVA, en la Observación No. 2, se señala que el pago se efectuó el 30 de agosto de 2016, lo cierto es que, el Despacho tomó el día incorporado en la certificación expedida por la Fiduprevisora S. A., para determinar la fecha, a partir de la cual, quedó a disposición de la señora María Soledad Martínez Rojas, el valor de las cesantías parciales que le fueron reconocidas.

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.

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 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.

(...)

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.

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.

Ahora bien, sería del caso acceder a las súplicas de la demanda; sin embargo, como se verá en el acápite siguiente, no hay lugar al reconocimiento y pago de la sanción moratoria deprecada, dado que se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva del derecho.

5.5. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará la excepción de prescripción extintiva del derecho, propuesta por la entidad demandada, bajo las siguientes consideraciones:

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”* dispone:

“Artículo 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” (Negrilla fuera del texto original).

Por su parte, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*, señala:

“ARTÍCULO 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 solo por un lapso igual.*** (Negrilla fuera del texto).

A su turno, el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, contempla:

“ARTICULO 151. PRESCRIPCION. *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 {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, **interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.**”*.(Negrilla fuera del texto original).

Ahora bien, el H. Consejo de Estado en Sentencia del 23 de septiembre de 2010³, sobre el fenómeno prescriptivo, advirtió:

“(…)

Prescripción de Derechos

La prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva.

La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual esta fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados so pena de perder dicha administración”.

Así las cosas, no queda duda que el término en que se configura la prescripción extintiva es de tres (3) años, contados a partir de la fecha en que se haya hecho exigible el derecho, la cual se interrumpe con la simple reclamación escrita ante la entidad, pero por un lapso igual; esto es 3 años contados a partir de la solicitud.

En el caso particular de la señora María Soledad Martínez Rojas, se encuentra debidamente acreditado que presentó la petición de liquidación de sus cesantías parciales ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación de

³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado -Sección Segunda – Subsección “B”, C. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Sentencia del 23 de septiembre de 2010, radicación No. 47001-23-31-000-2003-00376-01(1201-08).

Bogotá el **25 de febrero de 2016** y que el pago debió realizarse a más tardar el **10 de junio de 2016**, fecha desde la cual se hizo exigible el derecho de la actora a solicitar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, por lo que contaba con tres (3) años para deprecar el derecho reclamado ante la entidad demandada, esto es, hasta el **10 de junio de 2019**, término que se interrumpía por una sola vez, con la reclamación administrativa, al tenor de lo establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

No obstante lo anterior, la parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías el **2 de julio de 2019**, superado el término de tres (3) años que dispone la norma para que opere el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva del derecho, razón por la cual, debe declararse probada la referida excepción y, en consecuencia, denegar las pretensiones de la demanda.

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 prescripción extintiva del derecho, propuesta por la entidad demandada, por las razones anteriormente expuestas.

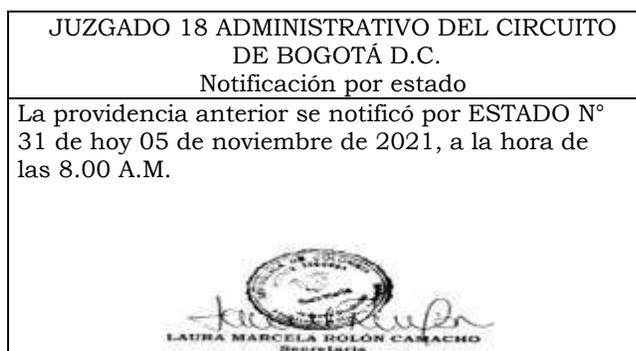
SEGUNDO: DENEGAR las súplicas de la demanda conforme a la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas a cargo de la parte demandante.

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:

37e232ce0ce0b0b35eef628b2d8eaa842fea43d7904c334627dba242ffbe579

2

Documento generado en 04/11/2021 05:03:37 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., cuatro (04) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2020-00233-00**
Demandante: HAROLD FERNEY BUITRAGO GÓMEZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

El señor **HAROLD FERNEY BUITRAGO GÓMEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.222.226, 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 el demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 23 de julio de 2020, frente a la petición elevada el 23 de abril de 2020, 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 el 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, tomado 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 efectuó 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 el 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 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 educativo del sector oficial.

1.2.3. Por laborar como docente en los servicios educativos estatales, el actor le solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 6 de junio de 2018, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Por medio de la Resolución No. 1754 del 25 de julio de 2018, le fueron reconocidas las cesantías al actor, las cuales fueron canceladas el 2 de noviembre de 2018, por intermedio de entidad bancaria.

1.2.5. 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 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. El actor solicitó la cesantía el 6 de junio de 2018, siendo el plazo para cancelarlas el día 19 de septiembre de 2018, pero se realizó el 2 de noviembre de 2018, por lo que trascurrieron 44 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, el actor 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 **8 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 expuso los siguientes argumentos de defensa:

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.

De otro lado, 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 **27 de septiembre de 2021**, remitido vía correo electrónico dentro de la oportunidad legal, 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 del demandante ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías iii) el acto mediante el cual se reconoció al actor 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 2 de noviembre de 2018 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. 20211182549311 del 22 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 **39** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por el 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.

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 el señor Procurador Delegado 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 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. 1754 del 25 de julio de 2018, mediante la cual la Secretaría de Educación de Soacha reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva al demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 6 de junio de 2018.

5.2.2. Derecho de petición radicado bajo el No. SOA2019ER004992 del 23 de abril de 2019, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual el actor solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías.

5.2.3. Desprendible de pago del Banco BBVA, donde consta que el pago de la cesantía por valor de \$2.957.856 pesos M/cte., fue realizado al actor el 2 de noviembre de 2018.

5.2.4. Certificación expedida por la Fiduprevisora S.A, donde hace constar que el pago de las cesantías quedó a disposición del demandante el 29 de octubre de 2018.

5.2.5. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 15 de noviembre de 2019, en la Procuraduría 85 Judicial I para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en la providencia proferida el 16 de septiembre 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 23 de abril de 2019, ii) si este 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 a la indexación frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamadas.

5.3.1 SANEAMIENTO

Según la pretensión primera, la demanda va dirigida a que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 23 de julio de 2020, frente a la petición elevada el 23 de abril de 2020, por medio de la cual el demandante solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la ley 1071 de 2006, por el pago tardío de una cesantía definitiva; sin embargo, una vez verificadas las pruebas documentales aportadas con la demanda, se advierte que la referida petición se radicó el día 23 de abril de **2019** y no el 23 de abril de **2020** como se relacionó, siendo evidente que se incurrió en un error puramente formal, el cual debe ser saneado en procura de la efectividad del derecho material objeto de la presente actuación (art. 3º numeral 11 del C.P.A.C.A).

5.4. 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 el demandante el 23

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 23 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 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 el 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

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.

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 servidor público del actor.

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 el señor Harold Ferney Buitrago Gómez, ostentó la calidad de docente vinculado 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 Municipal- Sistema General de Participaciones, Institución Educativa Ciudad Latina, calidad que le otorga la condición de servidor público y, por ende, es destinatario 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. 1754 del 25 de julio de 2018, el demandante solicitó el pago de sus cesantías definitivas el **6 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 **28 de junio del mismo año**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **25 de julio de 2018**, 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 **7 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 **19 de septiembre de dicho año**, suma que quedó a disposición del actor desde el **29 de octubre de 2018**, como consta en

el oficio expedido por la FIDUPREVISORA S.A., obrante en el expediente, incurriéndose en mora del **19 de septiembre de 2018 al 28 de octubre de la misma anualidad.**

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. 1754 del 25 de julio de 2018, que el actor estuvo vinculado al servicio hasta el **1 de mayo de 2018**, razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por el actor 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 **27 de julio de 2017 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:

“(...)”

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.

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.

(...)”.

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 **30 de octubre de 2018** 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 el señor Harold Ferney Buitrago Gómez el 23 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 **19 de septiembre de 2018 y el 28 de octubre de la misma anualidad.**

El valor del salario es el vigente para el **1 de mayo de 2018**, fecha de retiro del servicio, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por el actor 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”*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, el 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 **19 de septiembre de 2018** y el señor Harold Ferney Buitrago Gómez formuló reclamación administrativa el **23 de abril de**

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.

2019, en tanto la demanda se presentó el **15 de septiembre de 2020**, 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 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 **23 de abril de 2019**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación SOA2019ER004992.

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. **SOA2019ER004992 del 23 de abril de 2019**, a través de la cual el 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 al señor **HAROLD FERNEY BUITRAGO GÓMEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.222.226, 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 **19 de septiembre de 2018 y el 28 de octubre de la misma anualidad**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para el **1 de mayo de 2018**, fecha de retiro del servicio, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por el actor 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 **30 de octubre de 2018 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 al actor excepto los ya causados, a petición del mismo.

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° 031 de hoy 5 de noviembre 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:

**564320e3722e9c635d65f0c94a319f5bf5cfeee26ee102a1f79ab8914bec7f4
d**

Documento generado en 04/11/2021 04:24:09 PM

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 2020-00233*

**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., cuatro (04) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-2021-00026-00
Demandante: FANNY LULIET ZAPATA DIAZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **FANNY LULIET ZAPATA DIAZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.174.787 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, 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 8 de febrero de 2020, frente a la petición elevada el 8 de noviembre de 2019, 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 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 25 de agosto de 2016, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Que por medio de la Resolución No. 3733 del 10 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 agosto de 2016, siendo el plazo para pagarla el día 6 de diciembre de 2016, pero se realizó el pago el 27 de julio de 2017, por lo que trascurrieron 230 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 8 de noviembre 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 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 65 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 marzo de 2021, razón por la cual el plazo para contestarla feneció el 18 de mayo del año en curso, siendo que el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó escrito de contestación, hasta el 27 de agosto de 2021, esto es de manera extemporánea, circunstancia que impide tenerlo en cuenta.

IV. ALEGATOS

4.1 Parte demandante

El apoderado de la parte actora mediante escrito allegado el **29 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 definitivas, iii) el acto mediante el cual se reconoció la cesantía definitiva, 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. 20211182553011 del 22 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 **232** 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. 3733 del 10 de mayo de 2017, 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 25 de agosto de 2016.

5.1.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2019-174259 del 8 de noviembre de 2019, 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 la cancelación tardía de las cesantías.

5.1.3. Extracto de Intereses a las Cesantías expedido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A., en el que consta que el pago de las cesantías definitivas reconocidas a la demandante mediante la Resolución No. 3733 el 10 de mayo de 2017, se efectuó el 27 de julio del mismo año.

5.1.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 20 de enero de 2021, en la Procuraduría 142 Judicial II 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 16 de septiembre 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 8 de noviembre 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.

5.3. 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 8 de noviembre 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 8 de noviembre 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.*

(...)”.

5.3.1. 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 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

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.

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 Fanny Luliet Zapata Díaz ostenta la calidad de docente 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. 3733 del 10 de mayo de 2017, que la demandante solicitó el pago de sus cesantías definitivas el **25 de agosto de 2016**, razón por la cual, la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es hasta el **15 de septiembre de 2016**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **10 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 **26 de agosto de 2016**, 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 **6 de diciembre de 2016**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **27 de julio de 2017**, como consta en el extracto de intereses a las cesantías expedido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio– FIDUPREVISORA S.A., incurriéndose en mora del **6 de diciembre de 2016 al 26 de julio de 2017**.

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. 3733 del 10 de mayo de 2017, que la actora estuvo vinculada al servicio hasta el **24 de febrero de 2016**, razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por ésta 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**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 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.

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.

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 de 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 8 de noviembre 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 **6 de diciembre de 2016 y el 26 de julio de 2017**.

El valor del salario es el vigente para el **24 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.

5.5. 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 definitiva, 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 definitiva, se hizo exigible a partir del **6 de diciembre de 2016** y la señora Fanny Luliet Zapata Díaz formuló reclamación administrativa el **8 de noviembre de 2019** en tanto la demanda se presentó el **5 de febrero de 2021**, 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 contestó la demanda en forma extemporánea.

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 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 **8 de noviembre de 2019**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2019-174259.

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-2019-174259 del **8 de noviembre 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 **FANNY LULIET ZAPATA DIAZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.174.787 de Bogotá, 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 **6 de diciembre de 2016 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 el **24 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 **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: 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 031 de hoy 05 de noviembre 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:

**5c755ccbe4173d29dbd67aa128b2c90af81e02ee03e6d3fa77ed84dae32d2d
ec**

Documento generado en 04/11/2021 03:17:44 PM

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., cuatro (04) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 110013335-018-2021-00056-00
Demandante: **ROSA MATILDE DEL PILAR MUÑOZ SIERRA**
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Asunto: SENTENCIA

La señora **ROSA MATILDE DEL PILAR MUÑOZ SIERRA**, identificada con cédula de ciudadanía número 20.794.038 de Pacho (Cundinamarca), 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 declare la existencia del acto ficto presunto, configurado por el silencio de la administración, frente a las peticiones presentadas por la actora el 11 de septiembre de 2020, 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 la pensión de jubilación de la demandante.

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

- Ordenar a la parte demandada que a partir de la ejecutoria de la sentencia no se debe continuar efectuando el descuento de 12% o cualquier otro valor, realizados en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, de la pensión de jubilación de la demandante.
- Condenar a las entidades demandadas, para que sobre las diferencias adeudadas a la demandante y solicitadas con la presente demanda, le pague 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 la parte demandada en costas y gastos del proceso en los términos del Art. 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 la Secretaria de Educación a través de la Resolución No. 1791 del 31 marzo del 2015, le reconoció 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 la 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 trece (13) descuentos en salud por doce (12) meses de servicios requeridos al año.

1.2.5. Que mediante derechos de petición del 11 de septiembre de 2020, elevados ante el Ministerio de Educación Nacional y la Fiduprevisora S.A., se solicitó el reintegro y suspensión de los descuentos en salud efectuados sobre las mesadas adicionales y los mismos no han sido respondidos.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la 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 al 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.

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 de la demandante, por lo tanto su actuar contraviene flagrantemente la constitución y la Ley.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **8 de junio 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.: Aduce 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: Indica 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 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 **15 de septiembre 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. **20211182526331 del 21 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.

IV. 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. 1791 del 31 de marzo de 2015, 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 1 de junio de 2014.

5.2.2. Petición elevada por la demandante ante la Fiduciaria la Previsora S.A. el 11 de septiembre de 2020, bajo radicado 2020101262582 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. Petición elevada por la demandante ante el Ministerio de Educación el 11 de septiembre de 2020, 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. Extracto contentivo de los pagos de pensión y descuentos en salud realizados a la actora, por el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2015 y el 28 de febrero de 2021, en el cual consta que efectivamente se le han realizado el descuento para salud en la mesada adicional del mes de diciembre.

5.2.5. Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Tal como se determinó en providencia del 9 de septiembre de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en establecer: **i)** Si se configuró el silencio administrativo negativo, frente a las peticiones presentadas por la actora el 11 de septiembre de 2020, ante el Ministerio de Educación Nacional y la Fiduprevisora S.A., **ii)** Si la mesada pensional reconocida a favor de la demandante en calidad de pensionada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el mes de diciembre, es susceptible de descuentos de aporte al régimen contributivo de seguridad social en salud, **iii)** Si procede o no la devolución de la misma 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 a los derechos de petición radicados por la demandante el 11 de septiembre de 2020 ante el Ministerio de Educación Nacional y la Fiduprevisora S.A., mediante las cuales solicitaron a las entidades demandadas 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 de la demandante, se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que las citadas entidades hayan resuelto las peticiones descritas 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 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.

(...)

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***

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».

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 Rosa Matilde del Pilar Muñoz Sierra, según consta en la Resolución No. 1791 del 31 de marzo de 2015.

Así mismo, se acredita que la actora 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 a la demandante por el periodo comprendido entre el 1° de junio de 2015 y el 28 de febrero de 2021, donde consta que efectivamente se le han efectuado los descuentos en salud sobre la mesada adicional del mes 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.

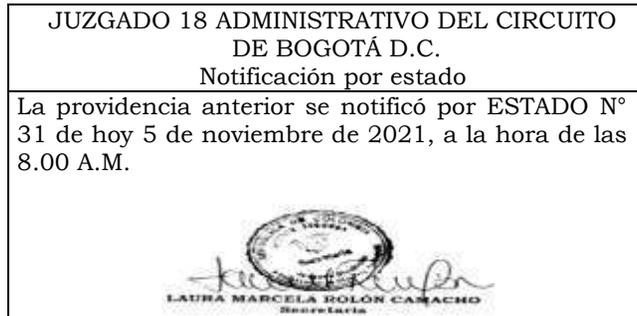
SEGUNDO: DENEGAR las súplicas de la demanda conforme a las razones referidas en la parte motiva de la presente providencia.

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**



Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Juzgado Dieciocho (18) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá
Expediente No. 2021-00056

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:

41606db126007d7582f95a35a6568e880c0096c11c8f0e637c3c6e5920
8ef781

Documento generado en 04/11/2021 03:23:07 PM

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., cuatro (04) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 110013335-018-**2021-00068**-00
Demandante: **JOSÉ GUILLERMO VARGAS**
Demandados: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A.
Asunto: SENTENCIA

El señor **JOSÉ GUILLERMO VARGAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.333.079, 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 y de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES

1.1.1. Que se declare la nulidad del Oficio No. S-2020-146600 del 16 de septiembre de 2020, por medio del cual la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó el reconocimiento y pago de la prima de medio año, establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

1.1.2. Que se declare la nulidad del acto ficto presunto negativo originado por el silencio de la Fiduprevisora, toda vez, que no se pronunció

sobre la petición del 28 de agosto de 2020, bajo radicado No. 20200322505662, por medio de la cual se solicitó el reconocimiento y pago de la prima de medio año, establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

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

1.1.3. Reconocer y pagar la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

1.1.4. Reconocer y pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, 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.

1.1.5. 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 apoderada de la parte actora alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que mediante Resolución No. 1073 del 11 de febrero de 2013, la Secretaría de Educación de Bogotá, en representación del Ministerio de Educación Nacional y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció al actor una pensión vitalicia de jubilación, por sus servicios prestados como docente vinculado al servicio del Magisterio Oficial desde el 08 de febrero de 1993.

1.2.2. Que el actor sólo goza de la aludida pensión, pues se vinculó al Magisterio Oficial con posterioridad al año 1980, por lo que no es beneficiario de la pensión gracia regulada en la Ley 113 de 1914.

1.2.3. Que mediante petición No. E-2020-89574, el demandante solicitó a la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la prima

de medio año establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

1.2.4. Que dicha entidad profirió el Oficio No. S-2020-146600 del 16 de septiembre de 2020, a través del cual negó la antedicha solicitud.

1.2.5. Que mediante petición No. 20200322505662 del 28 de agosto de 2020, el demandante solicitó a la Fiduciaria la Previsora S.A., el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

1.2.6. Que la Fiduciaria La Previsora S. A., no se ha pronunciado respecto de la anterior petición.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La apoderada de la parte actora estima desconocidos los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política, las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993 y 812 de 2003, así como el Decreto 1073 de 2002, estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

Afirmó que los docentes vinculados al Magisterio oficial con posterioridad al año 1980 y con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son beneficiarios de la prima de medio año, compilada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1980.

Manifestó que dicho aspecto fue objeto de pronunciamiento por parte del H. Consejo de Estado, en la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019, que se ocupó de citar, pues, según su análisis, de dicha providencia derivan las siguientes reglas:

- a) Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, tienen derecho a la pensión gracia, de conformidad con lo regulado en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933 y demás que las desarrollen o modifiquen, la cual es compatible con la pensión ordinaria de jubilación.
- b) Les asiste el derecho a una pensión de jubilación bajo el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, con la

inclusión de la prima de medio año, equivalente a una mesada pensional.

Así las cosas, indicó que su poderdante cumple con las reglas antedichas, razón por la cual se le debe reconocer la prima de medio año, equivalente a una mesada pensional.

III. CONTESTACIÓN

El auto admisorio de la demanda fue notificado el 23 de abril de 2021, razón por la cual el plazo para contestarlas feneció el 10 de junio de 2021, lapso en el que las entidades demandadas guardaron silencio.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

La apoderada de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **01 de octubre de 2021**, reiteró los argumentos expuestos en el libelo demandatorio y precisó que existe una diferencia entre la mesada adicional indicada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, mesada 14 y la prima de mitad de año establecida en la Ley 91 de 1989, artículo 15, ya que, si bien tienen similitudes, su normatividad, concepto y reconocimiento son diferentes.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el No. **20211182552621 del 22 de septiembre de 2021**, allegado vía correo electrónico el 23 del mismo mes y año¹, presentó alegatos de conclusión, señalando que la mesada adicional consagrada al artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, y afirmó que el Acto Legislativo 01 de 2005, prohibió expresamente que, a partir de su entrada en vigor, el 25 de julio del 2005, ningún pensionado, incluidos los docentes afiliados al FOMAG, reciban más

¹ El escrito fue allegado el miércoles 22 de septiembre de 2021 a las 5:15 p. m., razón por la cual se entiende presentado al día hábil siguiente.

de 13 mesadas pensionales, y agregó que el demandante tiene una mesada pensional que supera los 3 S.M.M.L.V., de manera que no demostró ser acreedora del derecho pretendido.

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.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.1.1. Copia de la cédula de ciudadanía del actor.

5.1.2. Resolución 1073 del 11 de febrero de 2013, a través de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al demandante, a partir del 18 de abril de 2012.

5.1.3. Petición elevada por el actor a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 28 de agosto de 2020, bajo el No. E-2020-89574, por medio de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

5.1.4. Oficio No. S-2020-146600 del 16 de septiembre de 2020, por medio del cual la Secretaría de Educación de Bogotá negó la anterior solicitud.

5.1.5. Petición elevada por el actor ante la Fiduciaria la Previsora S. A. el 28 de agosto de 2020, bajo el No. 20200322505662, solicitando, entre otros asuntos, el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

5.1.6. Certificado de Salarios del actor expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá y Certificado de Historia Laboral.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Tal como se determinó en providencia del 16 de septiembre 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 día 28 de agosto de 2020, ante la Fiduciaria la Previsora S.A.; **ii)** si con la expedición del acto administrativo identificado como Oficio No. S-2020-146600 del 16 de septiembre de 2020, por medio del cual se negó al actor la solicitud de reconocimiento y pago de la prima de medio año, se incurrió en las causales de nulidad alegadas, que desvirtúen su legalidad; y **iii)** si el demandante tiene o no derecho a que se le reconozca la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

5.2.1. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

La apoderada de la parte actora deprecia la existencia y nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la Administración frente a la petición radicada por el demandante el 28 de agosto de 2020, ante la Fiduprevisora S.A., mediante la cual solicitó el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

Sobre el particular, es evidente que 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.”

5.2.2. MARCO NORMATIVO QUE REGULA LA PRIMA DE MEDIO AÑO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY 91 DE 1989

La mesada adicional de junio en favor de los docentes afiliados al FOMAG, se encuentra establecida en el numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el cual señala:

“ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

2. Pensiones:

Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

*Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. **Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.** (Negrilla del Despacho)*

(...)”

Ahora bien, más adelante, la mesada adicional de mitad de año pagadera en el mes de junio, conocida como mesada 14, fue estatuida por la Ley 100 de 1993, que en su artículo 142 dispuso:

“ARTICULO. 142. -Mesada adicional para pensionados. *Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.”*²

Por su parte, en el artículo 279 de la misma norma se dispuso que estarían exceptuados del régimen prestacional allí previsto “los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de

² Versión resultante luego de que se declararan inexecutable unos apartes por la Corte Constitucional en Sentencia C-409 de 2004.

1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”.

Posteriormente la Ley 238 de 1995 adicionó el referido artículo 279 de la Ley 100 de 1993, e hizo extensivos los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de la misma norma, a los regímenes exceptuados del Sistema General de Seguridad Social.

Ahora bien, el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional, publicado en el Diario Oficial 45.980 del 25 de julio de 2005, eliminó la mesada catorce, al consagrar:

“Artículo 1.- Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

(...)

Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.” (Nota: corresponde al inciso octavo)

(...)

A su turno, en el Parágrafo transitorio 6° se señaló:

“Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.”

Ahora, en punto a la aplicabilidad del Acto Legislativo 01 de 2005 sobre los regímenes especiales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, en concepto de 22 de noviembre de 2007 concluyó:

“(...) la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1° del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

(...)

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005, las personas que adquirieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6° transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6° del mencionado acto legislativo.

(...)"

Sobre el particular, el Tribunal Administrativo de Caldas – Sala de Decisión, M. P. Dr. Publio Martín Andrés Patiño Mejía, en sentencia del 14 de diciembre de 2020, dentro del expediente No. 17 001 33-33-003-2018-00516-02³, indicó:

"(...)

*43. Como se anotó en precedencia, **la prima de medio año de una mesada prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993**, que se extendió en garantía del principio de igualdad a todos los docentes por la sentencia C-461 de 1995, por la Ley 238 de 1995. (Negrilla del Despacho)*

44. Bajo este entendido, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, a partir de su entrada en vigor, ningún nuevo pensionado podría recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, salvo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

45. En sede de tutela, el Consejo de Estado ha considerado que esta interpretación de equivalencia de la prima de mitad de año y la mesada de junio: "...no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados."

³ Tribunal Administrativo de Caldas – Sala de Decisión, Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía, Sentencia 14 de diciembre de 2020, Expediente: 17 001 33-33-003-2018-00516-02, demandante: Ruth María Marín de Correa y demandada: Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

46. Es por ello, que conforme a los parámetros normativos planteados en el Acto Legislativo 01 de 2005, aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se analizará el caso particular, en aras de identificar si le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada de mitad de año.

(...)"

Conforme a dicha preceptiva, es necesario precisar como primer aspecto, el momento en que se causó el derecho del demandante a adquirir el reconocimiento pensional, es decir cuándo cumplió los requisitos de edad y tiempo, pues este es el momento que determina la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005.

En ese sentido, se encuentra acreditado que mediante la Resolución 1073 del 11 de febrero de 2013, la Secretaría de Educación de Bogotá le reconoció una pensión vitalicia de jubilación al demandante, por haber adquirido el status de jubilado el **17 de abril de 2012**, a partir del 18 del mismo mes y año, en cuantía de \$1.922.034 pesos m/cte.

Ahora bien, a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, existen dos presupuestos, frente a quienes tienen o no derecho a percibir la mesada adicional del mes de junio, así:

i) Las personas que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

ii) Se exceptúan de lo anterior, las personas que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio de 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6 del artículo 1° del Acto Legislativo.

Así las cosas, bajo el primer postulado, el demandante no tendría derecho al reconocimiento de la mesada adicional del mes de junio, pues su derecho a la pensión se causó con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, **el 17 de abril de 2012**; no obstante,

corresponde determinar si se encuentra cobijado por la excepción contenida en el párrafo transitorio No. 6 de dicha normativa constitucional.

Sobre el particular, según se acredita en la Resolución 1073 del 11 de febrero de 2013, mediante la cual se reconoció pensión de jubilación al demandante, el monto de la misma ascendió a la suma de **\$1.922.034 pesos m/cte.**, suma que excede el monto fijado por la excepción contemplada en el párrafo transitorio 6 del mencionado Acto Legislativo, toda vez, que para el año 2012, el salario mínimo legal mensual vigente ascendía a la suma de \$566.700,00 pesos m/cte. y tres (3) salarios mínimos correspondían al monto de **\$1.700.100,00 pesos m/cte.**, circunstancia que excluye per-se el derecho a devengar la prima de medio año.

Así las cosas, mal puede el demandante pretender el pago de la mencionada prima de medio año prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, prestación que, contrario a lo señalado por la apoderada del demandante, equivale a la mesada señalada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, la cual se rige por los anteriores presupuestos, bajo el entendido, que el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, a partir de su entrada en vigor, ningún nuevo pensionado podría recibir más de 13 mesadas pensionales al año, salvo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

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 el actor 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,

VI. RESUELVE

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

SEGUNDO: Sin costas a cargo del actor.

TERCERO: 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.

CUARTO: Se reconoce personería al doctor **LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS**, como apoderado principal del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme al poder otorgado por el Doctor Luis Gustavo Fierro Maya, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Educación Nacional, mediante Escritura Pública No. 522 del 28 de marzo de 2019.

Así mismo, se reconoce personería a la doctora **ANGELA VIVIANA MOLINA MURILLO**, como apoderada sustituta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los términos y para los efectos del poder que obra en el expediente.

Notifíquese y cúmplase

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

Firmado Por:
Gloria Mercedes
Juez
Juzgado
018
Bogotá, D.C. - Bogotá

*Este documento fue
electrónica y cuenta con
conforme a lo dispuesto
decreto reglamentario*

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 031 de hoy 05 de noviembre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

Jaramillo Vasquez
Administrativo
D.C.,

*generado con firma
plena validez jurídica,
en la Ley 527/99 y el
2364/12*

Código de verificación: **9542f5174f25194018d5811e3c3a4887f62c256d433ae1db3213a82cc3ebdce2**
Documento generado en 04/11/2021 05:12:23 PM

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