



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

Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-2017-00361-00  
**Demandante:** **JAIME ENRIQUE STRIEDINGER MELÉNDEZ**  
Demandada: RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA  
JUDICATURA – DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE  
ADMINISTRACIÓN JUDICIAL  
Asunto: SENTENCIA

---

El señor JAIME ENRIQUE STRIEDINGER MELÉNDEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.402.231 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra la RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. PRETENSIONES Y HECHOS**

Las pretensiones y los hechos en que se sustenta la demanda fueron precisados en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 12 de febrero de 2019 (fl. 81 a 82), al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

**II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

El apoderado de la parte actora estima desconocidos los artículos 4, 6, 29, 90, 122 y 209 de la Constitución Política, estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

Sostuvo que el acto administrativo demandado, se expidió con falsa motivación y desviación del poder, puesto que la entidad demandada extralimitó sus funciones, toda vez que al demandante se le solicitó su renuncia por no cumplir metas y fue sometido a una permanente y evidente presión para

actuar conforme el deseo del nominador, quien por medio de sus directrices motivaba el despido o renuncia sin importar la forma, puesto que realmente lo que se buscaba era la vacancia del cargo.

Adujo que la doctora Raquel Corrales, “*Coordinadora de la Dirección*”, le impuso al demandante labores diferentes al cargo que ejercía, pese a que no se encontraba facultada para hacerlo y las cuales previamente debían estar aclaradas por medio de la correspondiente ley o reglamento.

Aludió que el comunicado que “*sustentó*” la desvinculación al cargo que venía desempeñando el actor, no estaba motivado por razones de buen servicio o por la realidad de las circunstancias que llevaron al nominador a retirarlo del empleo.

Indicó que la entidad demandada se ha rehusado a informar, aún con varias solicitudes, los detalles del nombramiento y posesión del funcionario que asumió el empleo que ejercía el demandante, pese a que se trata de actos sometidos a publicidad y que al demandante no le fue notificada la declaración de insubsistencia de su nombramiento o de aquel que cubriría el cargo que este ocupaba, con lo cual se vulneran los principios propios de la actividad estatal, en el entendido que la transparencia de las actuaciones y la misma Constitución faculta a los ciudadanos para conocer de las decisiones proferidas en virtud de las facultades de representación depositadas en los servidores públicos.

### **III. CONTESTACIÓN**

La apoderada de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Bogotá, a través de escrito del 8 de mayo de 2018 (fls. 67 a 74), se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expresó las siguientes razones de defensa:

Precisó que el cargo que ocupó el actor era de carrera administrativa, pero su nombramiento nunca tuvo tal connotación, pues fue en provisionalidad y su desvinculación devino como consecuencia del nombramiento de la persona que superó el concurso de méritos, por lo que el acto administrativo

demandado se expidió en forma legal, motivado, ajustado a derecho y en procura del buen funcionamiento del servicio de la entidad.

Refirió que el actor no puede invocar una especie de derechos adquiridos o de fuero especial por razón de su trayectoria, capacitación, experiencia o conducta, pues tales aspectos constituyen una base eventual para su vinculación a cualquier cargo, más no para su desvinculación, máxime cuando se trata de un nombramiento no cobijado por fuero de carrera o similares.

Señaló que la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, le comunicó al actor en debida forma la fecha en la cual terminaba su nombramiento en provisionalidad, como él mismo lo acepta y, además, lo acredita con el oficio aportado, en el que se evidencia la motivación del mismo, haciendo aún más garantista la decisión.

Por otra parte, se ocupó de transcribir los apartes de la jurisprudencia que considera son aplicables al caso bajo estudio.

De otro lado, la apoderada de la entidad demandada propuso las siguientes excepciones:

**3.1. Inexistencia de violación de la constitución, la ley, falsa motivación o desviación de poder**, al sostener que en la página de la Rama Judicial se puede corroborar cada una de las etapas de la Convocatoria No. 03, que conllevó a la provisión en propiedad del cargo que ocupaba el demandante, permitiendo concluir la transparencia y legalidad de tal decisión.

**3.2. Inexistencia de estabilidad laboral**, al indicar que el demandante fue nombrado como escribiente en Provisionalidad en la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, designación que no genera estabilidad laboral alguna.

**3.3. Innominada**, al solicitar que se declare probada cualquier excepción que se encuentre probada en el curso del proceso.

Por su parte, el apoderado del actor mediante escrito del 30 de julio de 2018, describió el traslado de las excepciones propuestas por la entidad demandada, oponiéndose a su prosperidad (fls. 76 a 78).

### **3.1 DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD**

Mediante providencia del 15 de octubre de 2019 (fls. 127 a 141), el Despacho dirimió el objeto de litigio denegando las súplicas de la demanda y a través de escrito del 30 de octubre de la misma anualidad (fls. 146 a 165), el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la decisión adoptada, sustentando las inconformidades presentadas y los argumentos, por los cuales, consideraba se debía declarar la nulidad de las actuaciones procesales llevadas a cabo, a partir del auto que decretó cerrado el debate probatorio.

En virtud de lo anterior, por medio de providencia del 15 de marzo de 2021, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “F”, declaró la nulidad de lo actuado en el presente proceso, a partir del auto que cerró el debate probatorio, al señalar que una vez proferida la decisión de segunda instancia que revocó el auto que negó la práctica de los testimonios e interrogatorio de parte deprecados por la entidad demandada, para que estos se llevaran a cabo, debieron quedar sin efecto las actuaciones surtidas por el Juzgado, con el objeto de otorgar a las partes la oportunidad de realizar su análisis sobre la totalidad de hechos y pruebas obrantes en el proceso.

Así las cosas, en cumplimiento de lo ordenado por el Superior, a través de proveído del 23 de septiembre de 2021 (fl. 212), se declaró cerrado el debate probatorio y, en consecuencia, se dio aplicación al inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, efecto para el cual, se corrió traslado a las partes, por el término de 10 días, para que presentaran alegatos de conclusión.

#### **IV. ALEGATOS**

##### **4.1. Parte demandante.**

El apoderado de la parte actora, mediante escritos allegados vía correo electrónico los días 4 y 5 de octubre de 2021, solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda, al señalar que de acuerdo con la certificación expedida el 28 de febrero de 2017, el último cargo que desempeñó el señor Jaime Enrique Striedinger Meléndez fue el de Profesional Universitario DEAJ - Grado 11, ejerciendo funciones en el Centro de Servicios para los Juzgados Civiles, Laborales y de Familia; sin embargo, la señora Carmen Alicia Díaz Cáceres, fue nombrada en un cargo diferente al que ejecutaba el actor, tal como se evidencia en la Resolución No. 744 del 21 de febrero de 2017.

Manifestó que por orden del Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial Bogotá - Cundinamarca, desde el 19 de enero de 2015 y hasta su desvinculación, el demandante desarrollaba sus labores en la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá, bajo la coordinación de la doctora María Raquel Corrales Parrada, como se corrobora en el memorando DESAJ 15-DS-15 del 16 de enero de 2015.

Adujo que el actor se encontraba nombrado transitoriamente en un cargo de carrera (mediante provisionalidad), mientras se surtía la designación del titular por el sistema de concurso de méritos y, en tal virtud, su permanencia se encontraba condicionada a la provisión del mismo, una vez conformada la lista de elegibles; no obstante, pese a que el cargo fue convocado a concurso, conforme el acuerdo SACUNA 10 - 15 del 5 de mayo de 2010, para el empleo que ejercía el actor no se conformó lista de elegibles.

Afirmó que el oficio No. DESAJB0017-49, mediante el cual le comunican el nombramiento de cargos en propiedad al señor Jaime Enrique Striedinger Meléndez, tiene fecha de emisión el 21 de marzo de 2017 y la resolución mediante la cual se nombró en propiedad a la señora Carmen Alicia Díaz Cáceres, data del 21 de febrero de 2017, quien se posesionó el 31 de marzo de

dicha anualidad, con efectos fiscales, a partir del 3 del mismo mes y año, lo cual sería imposible, toda vez que los efectos fiscales a que se refiere el acta de posesión señalan una fecha anterior, a la aludida comunicación.

Precisó que la entidad demandada, omitió brindar respuesta a los requerimientos efectuados por el Despacho, en torno a que se allegara copia del acto administrativo que declaraba insubsistente el nombramiento del actor y de su notificación o comunicación, así como del acta de posesión del funcionario de carrera administrativa que ocupó el cargo que ejercía el demandante, dado que se allegó documentación relacionada con una persona que se posesionó en un empleo diferente.

Realizó un recuento de los medios probatorios incorporados al expediente, para concluir que no se probó que el cargo que ostentaba el demandante fue ocupado por un empleado de carrera.

Refirió que se evidencia la desinformación de los testigos Libardo López, Raquel Corrales y Marilina Samacá respecto de los hechos, pues la llegada del titular del cargo fue una excusa premeditada para desvincular del empleo al demandante, por cuanto, no son ciertos los fundamentos expuestos en el Oficio No. DESAJB0017-49 del 21 de marzo de 2019.

Indicó que en respuesta al interrogatorio de parte, el actor señala que el maltrato como empleado de la Rama Judicial lo recibió por parte del señor Carlos Enrique Másmela y que cuando trabajó en el Centro de Servicios de los Juzgados Civiles, tuvo un enfrentamiento con el señor Fredy Tequia, quien era allegado al doctor Másmela y, a partir de ese momento, comenzó a sentir una persecución en su contra, pues el Director lo regañaba con frecuencia, incluso, dándole indicaciones de que tenía que llegar a las 7:30 a.m. y que debía encender los computadores de la sala.

Aludió que existió falsa de motivación en el acto administrativo, mediante el cual se declaró la insubsistencia del cargo que ostentaba el demandante, pues reitera, el cargo que ostentaba no fue ocupado por la persona nombrada en propiedad de la respectiva lista de candidatos para proveer los cargos de

profesional Universitario Grado 11, ejerciendo funciones en el Centro de Servicios para los Juzgados Civiles, Laborales y de Familia.

#### **4.2. Parte demandada**

La apoderada de la entidad demandada, a través de escrito del 7 de octubre de 2021, allegado vía correo electrónico, el mismo día, solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda, reiterando los argumentos expuestos al momento de contestar la demanda.

Señaló que la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos enjuiciados, pues no se observa que estos adolezcan de algún vicio de nulidad, puesto que se expidieron con los requisitos necesarios que disponen las normas aplicables al caso en concreto.

Indicó que la motivación del acto de retiro del demandante, se encuentra acorde al ordenamiento legal, puesto que frente a los servidores que estén desempeñando en provisionalidad, cargos que deben proveerse por el sistema de carrera administrativa, existe un derecho adquirido para los participantes, ya que dicho sistema es el mecanismo que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, por lo que el empleo que ejercía del demandante en el cargo de Profesional Universitario Grado 11, debía ser provisto en propiedad por la persona que ocupó el primer lugar en el concurso de méritos, como en efecto ocurrió, razón por la cual, su desvinculación de la entidad no se tornó arbitraria, ni desconoció su derecho como servidor público en provisionalidad, por cuanto su estabilidad era relativa.

#### **4.3. Ministerio Público.**

Es menester precisar que, si bien el señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto, de conformidad con lo dispuesto en el auto del 20 de septiembre de 2021, lo cierto es que la doctora Lizeth Milena Figueredo Blanco, quien fungió como Procuradora 86 Judicial I para Asuntos Administrativos, delegada ante el Despacho, mediante escrito del 10 de junio de 2019 (fls. 111 a 121), allegó escrito en tal sentido, razón por la cual, en virtud del principio

de la primacía de lo sustancial sobre lo formal, contenido en el artículo 228 de la Constitución Política, se tendrá en cuenta dicho escrito como concepto del Ministerio Público.

Sobre el particular, indicó que no es procedente declarar la nulidad del acto administrativo demandado, en la medida que en el proceso quedó demostrado que la naturaleza del empleo de Profesional Universitario - Grado 11, en el que fue nombrado el actor y el cual desempeñó hasta el 31 de marzo de 2017, correspondió a un nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera que se encontraba vacante, razón por la cual, de conformidad con la jurisprudencia que se ocupó de citar, concluyó que el actor gozaba de una estabilidad relativa, en la medida en que únicamente podía ser desvinculado del citado empleo, como consecuencia de: (i) Una sanción disciplinaria, (ii) por la provisión del respectivo cargo a través de concurso de mérito y (iii) mediante la expedición de un acto motivado.

Sostuvo que a través del Oficio No. CSJBT017-667 del 3 de febrero de 2017, se remitió a la autoridad judicial competente la lista de elegibles contenida en el Acuerdo No. CSJBTA17-500 del 24 de enero de 2017, para la provisión en propiedad del empleo de Profesional Universitario - Grado 11 (finanzas, ingeniería financiera, economía, administración de empresas, ingeniería industrial, administración pública y contaduría) del Centro de Servicios Administrativos y Oficinas de Administración y Apoyo de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Bogotá — Cundinamarca, el cual desempeñaba el demandante, razón por la cual, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 270 de 1996, el empleo debía ser provisto en propiedad por la persona que ocupó el primer lugar, como en efecto ocurrió.

Afirmó que la desvinculación del actor no desconoció su derecho como servidor público en provisionalidad, por cuanto su estabilidad era relativa, pues cede frente a las personas que ganaron un concurso público de méritos, por ostentar mejor derecho y, en ese sentido, la decisión adoptada en el acto administrativo demandado no es contraria a derecho.

Adujo que la entidad demandada no debía producir la desvinculación del demandante, a través de un acto motivado en razones del buen servicio, en la

medida que lo procedente era informar al actor que desempeñaría el cargo hasta el 31 de marzo de 2017, toda vez que había sido nombrada la candidata de la respectiva lista de elegibles, quien se posesionaría a partir del 3 de abril de 2017, lo cual en efecto se dio.

Precisó que, en el caso bajo estudio, no le asiste razón al apoderado del actor, al afirmar que la entidad demandada incurrió en las causales de desviación de poder y/o falsa motivación.

Por último, afirmó que el demandante no demostró que la entidad demandada le solicitara la renuncia por no cumplir metas, como tampoco que fue sometido a una permanente y evidente presión para actuar conforme el deseo del nominador, como se afirma en la demanda.

## V. CONSIDERACIONES

### 5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES

Frente a las excepciones de **inexistencia de violación de la constitución, la ley, falsa motivación o desviación de poder** e **inexistencia de estabilidad laboral**, 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 en ninguna impiden al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

Frente a la excepción **innominada**, se advierte que tal como se indicó en el Audiencia Inicial llevada a cabo el 12 de febrero de 2019 (fls. 81 a 82), no se encontraron excepciones que debían ser declaradas en oficio en ese momento procesal y tampoco al proferir el presente fallo.

### 5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO

#### 5.2.1. Documentales:

**5.2.1.1.** Resolución 4511 del 9 de enero de 2009, por medio de la cual la doctora María Raquel Corrales Parada, Directora Ejecutiva Seccional de la Rama Judicial de Administración Judicial de Bogotá (E), nombró con carácter provisional al señor Jaime Enrique Striedinger Meléndez, en el Cargo de Jefe de Grupo Grado 10, a partir del 13 de enero de 2009 (fl. 3) y Acta de Posesión (fl. 7).

**5.2.1.2.** Resolución No. 7973 del 14 de agosto de 2009, por la cual el doctor Carlos Enrique Másmela González, Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca nombró con carácter provisional al demandante, en el Cargo de Técnico – Grado 11, a partir del 18 de agosto de 2009 hasta el 18 de diciembre de dicha anualidad (fl. 103) y Acta de Posesión (fl. 104).

**5.2.1.3.** Resolución No. 8285 del 7 de septiembre de 2009, mediante la cual el doctor Carlos Enrique Másmela González, Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca, nombró con carácter provisional al actor, en el Cargo de Profesional Universitario Grado 11, a partir del 7 de septiembre de dicha anualidad (fl. 101) y Acta de Posesión (fl. 102).

**5.2.1.4.** Resolución No. 7223 del 13 de marzo de 2012, a través de la cual el doctor Carlos Enrique Másmela González, Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca, nombró con carácter provisional al demandante, en el cargo de Contador – Grado 17, a partir del 14 de marzo de 2012 hasta el 30 de junio de la misma anualidad (fl. 4) y Acta de Posesión (fl. 6).

**5.2.1.5.** Memorando No. DESAJ12-TH-0555 del 13 de marzo de 2012, expedido por el doctor Carlos Enrique Másmela González, Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca, por medio del cual le informó al demandante que, a partir del 14 de marzo de 2012, debería cumplir sus funciones en la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá, bajo la coordinación de la doctora Yenny Andrea Barrios Barrera (fl. 11).

**5.2.1.6.** Resolución No. 1770 del 30 de abril de 2013, mediante la cual la doctora Marlene Vanin Núñez, Directora Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, prorrogó el nombramiento del actor en el cargo de Contador – Grado 17, hasta el 31 de julio de 2013 (fl. 5).

**5.2.1.7.** Memorando No. DESAJ15-DS-15 del 16 de enero de 2015, expedido por el doctor Carlos Enrique Másmela González, Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca, por medio del cual le comunicó al demandante que, a partir del 19 de enero de 2015, debería cumplir sus funciones en la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá, bajo la coordinación de la doctora María Raquel Corrales Parada (fl. 12).

**5.2.1.8.** Memorando No. DESAJ15-JA-0105 del 5 de junio de 2015, expedido por la doctora María Raquel Corrales Parada, Coordinadora de la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá, a través del cual requirió, entre otros, al actor, para que cumpliera las metas mínimas diarias que se establecieron para cada tema que realizaba (fl. 13).

**5.2.1.9.** Escrito radicado por el demandante el 26 de septiembre de 2016, por medio de la cual respondió el requerimiento efectuado el 19 del mismo mes y año, por la Coordinadora de la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá, indicando que había realizado a cabalidad las metas trazadas, pese a que le fueron asignadas funciones diferentes a las que debía ejecutar (fl. 15).

**5.2.1.10.** Memorando No. DESAJ16-JA-065 del 31 de octubre de 2016, por medio del cual la Coordinadora de la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá, le reiteró al actor el acatamiento de la meta mínima diaria que se estableció para conciliar las cuentas de gastos de proceso y depósitos judiciales, así como para la liquidación de sentencias, toda vez que en el mes de octubre de dicha anualidad, no cumplió con el objetivo señalado (fl. 14).

**5.2.1.11.** Acuerdo No. CSJBTA17-500 del 24 de enero de 2017, “Por medio del cual se formulan las listas de elegibles para los cargos de Profesional

Universitario de Centros de Servicios Administrativos y Oficinas de Administración y Apoyo Grado 11 – (Administración de Empresas, Economía, Administración Pública, Ingeniería Industrial), Profesional Universitario 11 – (Finanzas, Ingeniería Financiera, Economía, Administración, de Empresas, Ingeniería Industrial, Administración Pública y Contaduría), Profesional Universitario Grado 11 – (Ingeniería de Sistemas) Escribiente Grado Nominado – (Derecho 3 años) Asistente Administrativo grado 6 – (Educación Media)” (fls. 95 a 96).

**5.2.1.12.** Oficio No. CSJBTO17-667 del 3 de febrero de 2017, mediante el cual el doctor Héctor Enrique Peña Salgado, le remitió al Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca la lista de elegibles para la provisión del cargo de Profesional Universitario 11 – (Finanzas, Ingeniería Financiera, Economía, Administración, de Empresas, Ingeniería Industrial, Administración Pública y Contaduría), con el fin de que procediera al correspondiente nombramiento dentro de los términos de ley (fl. 99), donde figuran las señoras Carmen Alicia Díaz Cáceres, en 1º lugar y Gloria Cubides Cruz, en 2º lugar (fl. 100).

**5.2.1.13.** Oficio No. DESAJBOO17-23 del 21 de febrero de 2017, a través del cual el doctor Carlos Enrique Másmela González, Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca, le comunicó a la señora Carmen Alicia Díaz Cáceres que fue nombrada en propiedad y le informó el procedimiento que debía seguir para la aceptación del cargo (fl. 97).

**5.2.1.14.** Resolución No. 774 del 21 de febrero de 2017, por medio de la cual el doctor Carlos Enrique Másmela González, Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca, nombró en propiedad a la señora Carmen Alicia Díaz Cáceres, en el cargo de Profesional Universitario - Grado 11 (Finanzas, Ingeniería Financiera, Economía, Administración, de Empresas, Ingeniería Industrial, Administración Pública y Contaduría), de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca (fl. 93) y Acta de Posesión (fls. 94 y 98).

**5.2.1.15.** Certificación expedida el 28 de febrero de 2017, por medio de la cual la doctora Evelin Liliana Leal Galindo, Coordinadora del Área Talento Humano

de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, dejó constancia que el demandante desempeñaba el cargo de Profesional Universitario DEAJ – Grado 11, ejerciendo sus funciones en el Centro de Servicios para los Juzgados Civiles, Laborales y de Familia, nombrado en provisionalidad (fl. 8).

**5.2.1.16.** Manual específico de funciones y de competencias laborales de la Rama Judicial, correspondiente al cargo de Coordinador Grupo de Servicios Generales – Grado 11, de la Dependencia del Centro de Servicios Administrativos Judiciales para los Juzgados Civiles, Laborales y de Familia de Bogotá (fl. 9).

**5.2.1.17.** Comprobante de nómina expedido por la entidad demandada, correspondiente al actor, para el mes de febrero de 2017 (fl. 10).

**5.2.1.18.** Oficio No. DESAJBOO17-49 del 21 de marzo de 2017, por medio del cual el doctor Carlos Enrique Másmela González, Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca, le comunicó al demandante que mediante el Acuerdo CSJBTA17-500 del 24 de enero de 2017, proferido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, fue enviada la lista de candidatos para proveer los cargos de Profesional Universitario - Grado 11, en propiedad, de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca, razón por la cual fue nombrado en propiedad el candidato de la respectiva lista, quien se posesionará a partir del 3 de abril de 2017 y, en ese sentido, desempeñaría dicho cargo hasta el 31 de marzo de dicha anualidad (fls. 16, 22 y 90).

**5.2.1.19.** Escrito radicado por el demandante el 4 de abril de 2017, por medio de la cual le informó a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, entre otros aspectos que, si bien se le puso en conocimiento que el cargo que ejercía debía ser provisto por el participante que ocupó el primer lugar en el concurso de méritos, lo cierto es que no se le había notificado el acto administrativo que declaraba insubsistente su nombramiento (fls. 17 y 23).

**5.2.1.20.** Oficio No. DESAJBOJRO17-4480 del 18 de mayo de 2017, a través del cual el doctor Carlos Enrique Másmela González, Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca, respondió la petición anterior (fls. 25 a 26 y 91), indicando lo siguiente:

*“...vale la pena indicar que el nombramiento en provisionalidad según el Consejo de Estado, es el que se le hace a una persona no seleccionada por el sistema de méritos para proveer de manera transitoria un empleo de carrera como herramienta de la administración de personal, partiendo del supuesto de una vacancia temporal o definitiva en un empleo de carrera.*

*Esta modalidad de vinculación no otorga fuero de estabilidad laboral, por lo tanto, la autoridad nominadora, mientras no exista concurso y lista de elegibles aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público. Puede, en aras de mejorar el servicio, aun cuando no haya vencido el término de provisionalidad o el término de la prórroga del nombramiento del empleado, removerlo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aún no puede proveerse el cargo definitivamente en propiedad, se puede hacer, nuevamente, en provisionalidad.*

*Es por lo anteriormente señalado que mediante el oficio DESAJB0017-49 de fecha 21 de marzo de 2017 le comunicaron que mediante Acuerdo CSJBTA17-500 del 24 de enero de 2017, proferido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, fue enviada la lista de candidatos para proveer los cargos de Profesional Universitario Grado 11 en propiedad de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Bogotá — Cundinamarca y en consecuencia, le informaron que fue nombrado(a) en propiedad el (la) candidato(a) de la respectiva lista, quien se posesionará a partir del día 03 de abril de 2017”.*

**5.2.1.21.** Licencia de crédito post-express, expedida por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, donde se relaciona que al demandante se le envió el Oficio No. DESAJBOJRO17-4480 del 18 de mayo de 2017 (fl. 92).

**5.2.1.22.** Copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 24).

**5.2.1.23.** Convocatoria No. 3 de Empleados de Tribunales, Juzgados y Centro de Servicio (Cdno. 2).

## **5.2.2. Testimoniales e interrogatorio:**

**5.2.2.1.** Medio magnético contentivo de los testimonios de las señoras María Raquel Corrales Parada y Marilyn Patricia Simancas Robles, quienes rindieron testimonio ante este Despacho el 27 de agosto de 2019 (fls. 123 a 124) y del interrogatorio de parte del señor Jaime Enrique Striedinger Meléndez el 27 de agosto de 2019 (fls. 123 a 124).

### 5.3. PROBLEMA JURÍDICO

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, dentro de la Audiencia Inicial llevada a cabo el 12 de febrero de 2019 (fl. 81 a 82), el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en establecer sí con la expedición de los oficios demandados se incurrió en causal de nulidad que desvirtuó su legalidad y, como consecuencia de ello, el demandante tiene o no derecho a ser reintegrado en el cargo que ejercía, con el pago de las prestaciones sociales que dejó de sufragar por su desvinculación en la entidad o al pago de indemnizaciones por perjuicios materiales y morales causados por su desvinculación, en el caso que sea desestimada la solicitud de reintegro.

#### 5.3.1. NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA APLICABLE PARA LA SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO

##### 5.3.1.1. De la vinculación y las causales de retiro de los empleados públicos

El artículo 125 de la Constitución Política, establece la forma de vinculación de los empleados públicos y las causas de retiro, así:

**“ARTÍCULO 125.** *Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*

*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

*El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.*

*En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.*

**PARÁGRAFO.** *<Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003.> Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido”. (Negrita del Despacho)*

Ahora bien, los artículos 130 y 132 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, establecen la clasificación de los empleos y la forma de provisión de cargos de la Rama Judicial, de la siguiente forma:

**“ARTÍCULO 130. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. (...)**

**Son de Carrera** los cargos de Magistrado de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales Contencioso Administrativos y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura; de los Fiscales no previstos en los incisos anteriores; de Juez de la República, y **los demás cargos de empleados de la Rama Judicial.**

(...)

**“ARTÍCULO 132. FORMAS DE PROVISIÓN DE CARGOS DE LA RAMA JUDICIAL.** La provisión de cargos en la Rama Judicial se podrá hacer de las siguientes maneras:

**1. En propiedad.** Para los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de Carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo siguiente.

**2. En provisionalidad.** El nombramiento se hará en provisionalidad en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes.

**Cuando el cargo sea de Carrera, inmediatamente se produzca la vacante el nominador solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según sea el caso, el envío de la correspondiente lista de candidatos, quienes deberán reunir los requisitos mínimos para el desempeño del cargo.**

*En caso de vacancia temporal en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional o el Consejo Superior de la Judicatura o los Tribunales, la designación se hará directamente por la respectiva Corporación.*

**3. En encargo.** El nominador, cuando las necesidades del servicio lo exijan, podrá designar en encargo hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual, a funcionario o empleado que se desempeñe en propiedad. Vencido este término procederá al nombramiento en propiedad o provisionalidad según sea el caso, de conformidad con las normas respectivas.

**PARÁGRAFO.** Cuando la autoridad que deba efectuar el nombramiento se encuentre en vacaciones, la Sala Administrativa del respectivo Consejo Seccional, designará un encargado mientras se provee la vacante por el competente, a quien dará aviso inmediato”. (Negrita del Despacho).

De las normas en cita, tenemos que los cargos de la Rama Judicial se pueden ejercer, entre otros, por medio de nombramientos en provisionalidad en el caso

que se encuentren vacantes; no obstante, de llegar a ser el cargo de carrera, dicho nombramiento tendrá efectos hasta que deba ser provisto por el empleado que supere el concurso de méritos.

Sobre el particular, mediante la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C” el 21 de julio de 2016, M. P. Dra. Amparo Oviedo Pinto, se indicó:

*“Es necesario precisar que cuando una persona accede a un cargo de carrera, mediante nombramiento en provisionalidad, en atención a las necesidades de personal de la administración en momentos en que se presenten vacancias definitivas o temporales, mientras estos cargos se proveen con los requisitos de Ley, o mientras cesa la situación que originó la vacancia, es decir, sin haber participado en el proceso de selección de personal previsto en la ley, **ello no modifica la naturaleza eminentemente transitoria de su nombramiento** y no alcanza a conferírle, por ese solo hecho, una significación más allá de la que la ley concibió.*

*En consecuencia, por motivo de la figura excepcional de la provisionalidad en cargos de carrera, surge una estabilidad laboral que se encuentra entre los dos extremos laborales referidos con anterioridad (la provisión de cargos de carrera y aquellos de libre nombramiento y remoción). Se trata de la estabilidad relativa o intermedia, que se manifiesta en la posibilidad con que cuenta el nominador para nombrar y separar de tales cargos a los funcionarios que ejerzan cargos en provisionalidad, pero, con un grado de discrecionalidad restringido, consistente en el deber de justificar los motivos por los cuales se adoptó la decisión de retiro del cargo, que deben responder a una argumentación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho y que logra la protección del derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público del funcionario retirado”.* (Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, el servidor que ejerce un cargo de carrera en la Rama Judicial y que se hubiese vinculado mediante nombramiento en provisionalidad, como consecuencia de una vacancia definitiva o temporal, conoce que desempeña el mismo de forma transitoria y, por ende, no goza de un fuero de estabilidad, pues no puede variar su naturaleza y, por ello, puede ser separado del mismo, como resultado del nombramiento del empleado que superó el concurso de méritos o por necesidades del servicio.

#### **5.3.1.2. Estabilidad laboral de los cargos en provisionalidad**

El Órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha determinado que el servidor público nombrado en provisionalidad, se

encuentra inmerso en una situación de doble inestabilidad, como quiera que no pertenece al sistema de carrera y, por lo tanto, puede ser desvinculado por razones del servicio o desplazado por el empleado que hubiese superado el concurso de méritos y tenga derecho a ocupar el cargo, toda vez que su vinculación no le confiere derechos de permanencia.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en sentencia del 13 de marzo de 2003, C. P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro, dentro del proceso con número de radicación 76001-23-31-000-1998-1834-01, dispuso:

“ (...)”

**La jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado**

*Sobre el particular, cada Subsección de la Sección Segunda de esta Corporación, tiene una posición encontrada respecto de la otra, así:*

*La Subsección "A", en algunas providencias ha considerado que los servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad dentro de la función pública y en ejercicio de empleos de carrera judicial, gozan de una **estabilidad restringida**, pues para su desvinculación debe mediar al menos un acto administrativo motivado como garantía del debido proceso.*

*La Subsección "B" ha venido sosteniendo, que a los funcionarios nombrados en provisionalidad no les asiste el fuero de inamovilidad propio de quienes ingresan al servicio mediante concurso de méritos, y que, por ende, están sujetos al ejercicio de la facultad discrecional por parte de la autoridad nominadora, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna.*

*Que la provisión de los cargos en provisionalidad (lo que tiene lugar mientras se hace la designación por el sistema legalmente previsto), no implica que la persona provisionalmente designada no pueda ser removida del servicio hasta que se produzca el nombramiento previsto legalmente. "Si quien desempeña un cargo en provisionalidad no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio puede ser removido del mismo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aún no puede proveer el cargo definitivamente o en propiedad, [...], lo puede hacer, igualmente, en provisionalidad".*

*Ahora, esta Sección Segunda, teniendo en cuenta la normatividad señalada y atendiendo a la **necesidad de unificar la posición de las Sub-Secciones sobre el tema, considera:***

*El efecto del nombramiento en provisionalidad en cuanto a la estabilidad en el empleo*

*Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una "posición diferente" al vinculado y escalafonado en la carrera judicial,*

como también a la del designado por la vía del libre nombramiento y remoción. En efecto, el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.

**El servidor público judicial nombrado en provisionalidad, antes que cobijarle algún tipo de estabilidad, le rodea una situación de doble inestabilidad, pues, por una parte, al no pertenecer al sistema de carrera, puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por el nominador, y por otra, puede ser desplazado por quien habiendo concursado tenga derecho a ocupar el cargo.**

Se resalta que cuando el art. 132-2 de la Ley 270 de 1996 regla el nombramiento en provisionalidad judicial, hay que entender que esta facultad la tiene el nominador "hasta tanto se pueda hacer la designación mediante el respectivo concurso de méritos, .." y no significa que una vez hecho esta clase de nombramiento el designado obtenga "estabilidad" en el empleo hasta cuando sea reemplazado por la vía del concurso, ni que el Nominador pierda la facultad citada en ese evento. La norma legal no puede entenderse como otorgante de una estabilidad que solo existe para el personal de carrera, en cuanto se cumplan los requisitos constitucionales y legales para el ingreso y desempeño de esa clase de empleo.

En estas condiciones, se considera que para los empleos judiciales no es posible reconocer una estabilidad al empleado nombrado en provisionalidad.

Además, el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera judicial, lo es en forma "discrecional" por el nominador por cuanto no requiere de procedimiento, ni motivación dicho acto; de igual manera, su desvinculación puede seguir igual procedimiento. Así, tienen similitud el nombramiento y la insubsistencia del empleado de libre nombramiento y remoción con el nombrado provisionalmente.

De otro lado, si de conformidad con los cánones legales aplicables a la carrera en la Rama Judicial, mientras se provee el empleo de carrera mediante concurso, dicho cargo se puede proveer con nombramiento en provisionalidad, **esta circunstancia no implica que quien en esta forma ocupe el cargo quede bajo el gobierno de las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera, porque así no lo dispuso la ley.** Y no es posible acudir a normas extrañas a la Rama Judicial para llegar a conclusiones en materia de la carrera propia de esta Jurisdicción.

Admitir lo contrario, conllevaría a conferirle, si no el estatus de empleado de carrera a quien se halla nombrado en provisionalidad, si las garantías propias de tal condición, lo cual se opone a la preceptiva constitucional, pues ello implica un acceso automático a los derechos de la carrera judicial, lo que solamente puede ser el resultado de haber accedido al empleo mediante el sistema de concurso.

De conformidad con lo anterior, esta Sala de Sección, en cuanto al punto del nombramiento en provisionalidad judicial, unifica su criterio acogiendo la tesis que de que **al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad.**

(...)” (resaltado fuera de texto).

Ahora bien, en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que dicho sistema es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, razón por la cual la persona que se encuentre en lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos y ocupe el primer lugar, ostenta un derecho adquirido que no puede ser desconocido, esto es, a tomar posesión del cargo para el cual aspiró.

Sobre el particular, el máximo órgano de lo constitucional por medio de la sentencia SU-446 de 2011, indicó:

*"La lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter **particular que tiene por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. Junto con la etapa de la convocatoria, es una fase hito y concluyente del sistema de nombramiento por vía del concurso público, dado que a través de su conformación, la entidad pública con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta.***

(...)

*6.3. Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes o los que están ocupados en provisionalidad debidamente ofertados. (...)*

***Así, cuando hay un registro de elegibles vigente y se presenta una vacante en el cargo objeto del concurso, la administración debe nombrar para ocuparla a quien se encuentre en el primer lugar de ese acto y a los que se encuentren en estricto orden descendente, si se ofertó más de una plaza y se presenta la necesidad de su provisión, pues ello garantiza no solo la continuidad en la función y su prestación efectiva, sino el respeto por los derechos fundamentales de quienes participaron en el respectivo concurso y superaron sus exigencias.***

***La conformación de la lista de elegibles, así entendida, genera para quienes hacen parte de ella, un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombradas en el cargo para el que concursó, cuando el mismo quede vacante o esté desempeñando por un funcionario o empleado en encargo o provisionalidad. En ese sentido, la consolidación de este derecho "se encuentra indisolublemente***

**determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer**" (Resaltado fuera de texto original).

A su vez, la sentencia T – 180 de 2015, señaló:

***“El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.[10]***

*Para esta Corporación, ese sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para: (i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales.[11].*

*De otra parte, a partir del mandato contenido en el artículo 125 de la Carta y en virtud del derecho al debido proceso[13], la jurisprudencia ha derivado un conjunto de reglas orientadoras del sistema de ingreso, ascenso y retiro del servicio público. Así, este Tribunal ha señalado que: (i) el empleo público es, por regla general, de carrera; (ii) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán escogidos por concurso público; (iii) el ingreso a la carrera administrativa y los ascensos serán por méritos; y (iv) el retiro se dará únicamente por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario “y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”.[14].*

(...)

*El principio del mérito en el acceso a la función pública se encuentra instituido en el artículo 125[19] superior, a fin de garantizar que en todos los órganos y entidades del Estado se vinculen las personas que ostenten las mejores capacidades. Como lo ha sostenido la Corte “todos los empleos públicos tienen como objetivo común el mejor desempeño de sus funciones para la consecución de los fines del Estado”[20]. Para tal efecto, el Legislador cuenta con la autonomía necesaria para determinar los requisitos y condiciones del aspirante, sin entrar en contradicción con las normas constitucionales [21].*

*El concurso público ha sido el mecanismo establecido por la Carta Política para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva[22], haga prevalecer al mérito como el criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público. Su finalidad es que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo[23].*

*Dicha actuación debe estar investida con todas las ritualidades propias del debido proceso[24], lo que implica que se convoque formalmente mediante acto que contenga tanto de los requisitos exigidos para todos los cargos ofertados, como de las reglas específicas de las diversas etapas del concurso (la evaluación y la conformación de la lista de elegibles) a las que se verán sometidos los aspirantes y la propia entidad estatal[25]. Sobre el particular, este Tribunal señaló en la Sentencia SU-913 de 2009 que:*

*(i) Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de los derechos fundamentales.*

*(ii) A través de las normas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada.*

*(iii) Se quebranta el derecho al debido proceso y se infringe un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por los partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa[26].*

**(iv) Cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar, detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior que no puede ser desconocido.**

*En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos – en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas – deberán realizarse con estricta sujeción (i) al derecho al debido proceso; (ii) al derecho a la igualdad y (iii) al principio de la buena fe[27]. Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación, constituyen “ley para las partes” que intervienen en él[28]”. (Resaltado fuera del texto original).*

Igualmente, dicha Corporación Judicial mediante la Sentencia T-096 del 20 de marzo de 2018, señaló:

**“5.11. En síntesis, a los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho a la estabilidad propio de quien accede a la función pública por medio de un concurso de méritos. Sin embargo, sí gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, conforme a la cual, su retiro**

**solo procederá por razones objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer la vacante que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente las etapas de un proceso de selección e integre el registro de elegibles, dada la prevalencia del mérito como presupuesto ineludible para el acceso y permanencia en la carrera administrativa.**

(...) cuando la persona que ocupa un cargo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como en el presente caso, aunque no le asista el derecho a permanecer indefinidamente en un empleo de carrera, se le debe brindar un trato preferente antes de proceder al nombramiento en período de prueba de quien resultó elegible en un concurso de méritos. **Así entonces, la entidad está en la obligación de adoptar las siguientes medidas: (i) prever mecanismos orientados a garantizar que sean los últimos en ser desvinculados del servicio público; (ii) en el evento en que existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquel que venían ocupando en provisionalidad, vincularlos bajo la misma modalidad mientras estos son provistos por el sistema de carrera; (iii) si la situación de debilidad manifiesta se deriva de una grave afectación de salud y, por alguna circunstancia objetiva, resulta imposible su nombramiento en otro empleo, habrá de mantenerse la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud hasta que finalicen los tratamientos médicos necesarios para su recuperación o dicha obligación sea asumida por otro empleador”.** (Negrilla del Despacho).

#### 5.4. CASO CONCRETO

En el caso que nos ocupa, el señor Jaime Enrique Striedinger Meléndez depreca el reintegro al cargo de Profesional Universitario – Grado 11, al que considera tiene derecho, toda vez que, en su sentir, su desvinculación de la entidad demandada se tornó arbitraria, en la medida que no le fue notificado el acto administrativo que declaró insubsistente su nombramiento o el que nombró a la persona que ocupó el primer lugar en el concurso de méritos para proveer el empleo, amén que su retiro no estuvo motivado por razones de buen servicio o por las reales circunstancias que llevaron al nominador a retirarlo del cargo.

Por su parte, la entidad demandada aduce que el demandante ejerció el cargo de Profesional Universitario Grado 11, el cual fue provisto por la persona que participó en el concurso de méritos de la Rama Judicial y ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, razón por la cual no le asiste el derecho a ser reincorporado en la entidad.

Ahora bien, conforme con el artículo 130 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, los cargos de Profesional Universitario de la Dirección Seccional de Administración Judicial de los Distritos Judiciales de Bogotá y Cundinamarca son de carrera; no obstante, de encontrarse vacantes podrán ser ejercidos mediante el nombramiento en provisionalidad hasta que deban ser provistos por el empleado que supere el concurso de méritos, como lo contempla el artículo 132 *ejusdem*.

Así las cosas, de las pruebas obrantes en el plenario, se encuentra demostrado que el señor Jaime Enrique Striedinger Meléndez, mediante la Resolución No. 4511 del 9 de enero de 2009 (fl. 3), fue nombrado con carácter **provisional**, en el cargo de **Jefe de Grupo Grado 10**, a partir del 13 de enero de 2009, luego, a través de la Resolución No. 7973 del 14 de agosto de 2009, en el empleo de **Técnico – Grado 11**, desde el 18 de agosto de 2009 hasta el 18 de diciembre de la misma anualidad (fl. 103); así mismo, en virtud de la Resolución No. 8285 del 7 de septiembre de 2009, en el cargo de **Profesional Universitario Grado 11**, a partir del 7 de septiembre de dicha anualidad (fl. 101) y por la Resolución No. 7223 del 13 de marzo de 2012, en el cargo de **Contador – Grado 17**, por el periodo comprendido entre el 14 de marzo de 2012 y el 30 de junio de la misma anualidad (fl. 4).

Igualmente, se encuentra acreditado que mediante el Memorando No. DESAJ12-TH-0555 del 13 de marzo de 2012, el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca, le informó al demandante que a partir del **14 de marzo de 2012**, debería cumplir sus funciones en la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá, bajo la coordinación de la doctora Yenny Andrea Barrios Barrera (fl. 11).

Posteriormente, a través de la Resolución No. 1770 del 30 de abril de 2013, se prorrogó el nombramiento del actor en el cargo de **Contador – Grado 17**, hasta el **31 de julio de 2013** (fl. 5) y mediante el Memorando No. DESAJ15-DS-15 del 16 de enero de 2015, se le comunicó que a partir del **19 de enero de 2015**, debería cumplir sus funciones en la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá, bajo la coordinación de la doctora María Raquel Correales Parada (fl. 12).

Igualmente reposa la Certificación expedida el 28 de febrero de 2017, mediante la cual la doctora Evelin Liliana Leal Galindo, Coordinadora del Área de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, dejó constancia que el último nombramiento del demandante fue en **provisionalidad**, en el cargo de **Profesional Universitario DEAJ – Grado 11, ejerciendo sus funciones en el Centro de Servicios para los Juzgados Civiles, Laborales y de Familia** (fl. 8).

Así las cosas, se evidencia que el actor prestó sus servicios en la Rama Judicial a partir del 13 de enero de 2009, en diferentes cargos en **provisionalidad**, de la Dirección Seccional de Administración Judicial del Distrito Judicial de Bogotá, de lo que se desprende que no gozaba de una estabilidad laboral, puesto que su nombramiento en el empleo de **Profesional Universitario DEAJ – Grado 11**, se encontraba supeditado a la provisión del cargo por el empleado que superara el concurso de méritos o por necesidades del servicio.

Ahora bien, mediante el Acuerdo No. SACUNA10-15 del 5 de mayo de 2010 (fls. 13 a 21), la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, convocó a Concurso de Méritos destinado a la conformación del Registro Seccional de Elegibles para los cargos de empleados de carrera del Consejo Seccional de la Judicatura y de la Dirección Seccional de Administración Judicial de los distritos judiciales de Bogotá y Cundinamarca, entre los que se encontraban, los empleos de **Profesional Universitario Grado 11**, en las Áreas Administrativa, Talento Humano, Financiera, Jurídica y Centro de Servicios Administrativos y Oficinas de Administración y Apoyo<sup>1</sup>.

En ese sentido, surtidas las etapas pertinentes, el 7 de febrero de 2017, el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, a través del Oficio No. CSJBTO17-667 del 3 de febrero de 2017 (fl. 99), remitió al Director Ejecutivo de Administración Judicial, la lista de candidatos para proveer el cargo de **Profesional Universitario - Grado 11** - Finanzas, Ingeniería Financiera, Economía, Administración, de Empresas, Ingeniería Industrial, Administración Pública y Contaduría (fl. 100), donde se encontraba en primer lugar la señora Carmen Alicia Díaz Cáceres, quien fue nombrada para

---

<sup>1</sup> <http://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/Default.aspx>

desempeñar dicho cargo mediante la Resolución No. 774 del 21 de febrero de 2017 (fl. 98), habiendo tomado posesión del mismo el 31 de marzo de dicha anualidad (fl. 94).

Así las cosas, como consecuencia de la vacante que se presentaba en el empleo de **Profesional Universitario DEAJ – Grado 11** y debido a la necesidad de suplir el mismo, fue nombrado transitoriamente el demandante en **provisionalidad** en un cargo de carrera, mientras se surtía la designación del titular del cargo por el sistema de concurso de méritos y, en tal virtud, la permanencia del señor Jaime Enrique Striedinger Meléndez, se encontraba condicionada a la provisión del mismo una vez conformada la lista de elegibles, puesto que dicho cargo fue convocado a concurso conforme al Acuerdo No. SACUNA10-15 del 5 de mayo de 2010 (fls. 13 a 21) y, en ese sentido, la terminación de su nombramiento provisional se encuentra debidamente justificada, debido a la provisión del cargo por el sistema de concurso de méritos.

Ahora bien, aduce el apoderado de la parte demandante que la verdadera razón de la desvinculación de su representado en la entidad demandada, obedeció a la exigencia del cumplimiento de las metas fijadas por la doctora Raquel Correales, Coordinadora de la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá, las cuales se tornaban imposibles de cumplir dada la cantidad de trabajo a su cargo, quien además había modificado sus funciones de forma arbitraria, pese a no encontrarse facultada para hacerlo.

Igualmente, refirió que el actor fue sometido a una permanente y evidente presión para actuar conforme el deseo del nominador, quien le solicitó que renunciara y, en ese sentido, el acto administrativo por medio del cual fue desvinculado no se encuentra debidamente motivado, puesto que realmente lo que se buscaba era la vacante del cargo.

Sobre el particular, obra en el expediente el Memorando No. DESAJ15-JA-0105 del **5 de junio de 2015**, expedido por la doctora María Raquel Correales Parada, Coordinadora de la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá, en el cual se requirió, entre otros, al actor, para que cumpliera las metas mínimas diarias que se establecieron para cada tema

que realizaba (fl. 13), así como el Memorando No. DESAJ16-JA-065 del **31 de octubre de 2016**, mediante el cual la aludida coordinadora le reiteró al demandante el cumplimiento de los objetivos diarios que se establecieron para conciliar las cuentas de gastos de proceso y depósitos judiciales, así como para la liquidación de sentencias, toda vez que en el mes de octubre de dicha anualidad no cumplió con el objetivo señalado (fl. 14).

En ese sentido, es cierto que al actor se le solicitó el cumplimiento de metas para el desarrollo de las labores a él encomendadas; no obstante, tales requerimientos fueron realizados dos (2) y un (1) año antes de su retiro del servicio, circunstancia que para el Despacho rompe el nexo causal que pretende acreditar el apoderado del actor, en el sentido de que la desvinculación se produjo por el hecho que la entidad demandada consideró que el demandante había incumplido las metas propuestas.

Por su parte, frente a la presunta presión ejercida por la entidad demandada y a la renuncia que le fuera solicitada al actor, es evidente la contradicción entre lo manifestado en el libelo demandatorio frente a lo expuesto por el actor ante este Despacho, pues en aquel se atribuye que le fue solicitada su renuncia por no cumplir las metas a su cargo y que sus funciones habían sido modificadas por la doctora María Raquel Correales Parada y en el interrogatorio anotó que su desvinculación obedeció a un enfrentamiento que tuvo en el año 2015 - *aproximadamente*, con el señor Freddy Tequia, quien prestaba sus servicios en el área jurídica de la Rama Judicial.

Sobre el particular, el demandante indicó:

*“Preguntado por el Despacho: Usted por qué considera el retiro de la institución, considera que se debió a algún tema de persecución laboral o fue derivado del concurso que realizó la rama. Contestó: Su señoría yo tengo una teoría es que cuando yo trabajé en la carrera décima con catorce en los juzgados civiles... en el centro de servicios, un día tuve un enfrentamiento con el señor Freddy Tequia, el señor Freddy Tequia pues era muy allegado al doctor Carlos Enrique Másmela. Preguntado por el Despacho: Quien era el señor Freddy Tequia, qué hacía, cuáles eran sus funciones. Contestó: Él estaba en la parte jurídica de la Dirección Seccional de la Rama Judicial. Preguntado por el Despacho: Qué relación tenía él con su trabajo directamente. Contestó: Pues sucedió que, le voy a referir los hechos, un día nos entregaron unos módulos en el primer piso que fueron habilitados con computadores, con sillas para que los usuarios hicieran consultas, yo trabajaba con la doctora Raquel en el primer piso y yo vi unos cables que quedaron sueltos, unos*

*muebles que no reunían los requisitos para que los usuarios lo usaran y como el encargado era el señor Tequia del contrato, yo lo llamé y le dije mire hay unos cables sueltos, unos cables en mal estado, usted recibió esto y le hice la crítica y él se disgustó mucho conmigo, o sea tuvimos un rose verbal. Preguntado por el Despacho: Precísele al Despacho que en año sucedió ese hecho. Contestó: Exactamente no recuerdo la fecha y el día. Preguntado por el Despacho: No le estoy diciendo fecha exacta en qué año, usted está vinculado desde que año con la Rama. Contestó: Desde el 2009 doctora. Preguntado por el Despacho: En qué año sucedió eso. Contestó: Aproximadamente pudo ser en el año 2015 aproximadamente. Preguntado por el Despacho: Y su retiro de la institución se produjo en el año 2016. Contestó: Sí doctora, pero a raíz de ese hecho al día siguiente sentí la presión del doctor Másmela, primero con muchos regaños, o sea de ahí en adelante los regaños fueron consecutivos y siempre me llamaba la atención por cualquier cosa, por ejemplo me dijo que de ahora en adelante su labor va a empezar a las siete y media de la mañana y usted va a tener que encender todos los computadores de la sala, que tenía que llegar antes de todo el personal y yo encender los computadores, que esa era una labor que él me encomendaba de ahora en adelante, tenía que llegar a las siete de la mañana y de ahí en adelante, comenzó a regañarme continuamente a raíz del rose que yo tuve con el señor Freddy Tequia”.*

Como puede verse, no hay lugar atribuir que con ocasión a una diferencia, que según lo manifestado por el actor se suscitó **en el año 2015**, se produjera su desvinculación de la entidad o que esta fuera producto de las conductas represivas de sus superiores, especialmente en consideración a que por ninguno de los medios probatorios obrantes en el plenario, se puede atribuir que el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Bogotá, tomara represalias en contra del señor Striedinger Meléndez o que le realizara constantes llamados de atención, como se afirma en la demanda.

Así las cosas, advierte el Despacho que si bien el actor alude en el escrito radicado el 26 de septiembre de 2016 (fl. 15), que ejercía funciones diferentes a las propias de su cargo, lo que retrasaba su labor, lo cierto es que no acreditó por ninguno de los medios probatorios consagrados en la ley dicha circunstancia, como tampoco que le solicitaron la renuncia debido a que no acataba la metas que le fueron asignadas o por el enfrentamiento que aduce existió con el señor Freddy Tequia, quien prestaba sus servicios en el área jurídica de la Rama Judicial, incumpliendo con la previsión contenida en el artículo 167 del C. G. del P., según el cual *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, amén que tales sucesos – se repite – datan de dos (2) años

anteriores a su retiro, quedando desvirtuada totalmente la presunta oculta motivación de la desvinculación del demandante.

Por el contrario, de las pruebas obrantes en el proceso para esta Juzgadora no existe duda alguna en que el retiro del actor se produjo como consecuencia de la provisión de su cargo por parte de quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles derivada del concurso adelantado bajo el Acuerdo No. SACUNA 10-15 del 5 de mayo de 2010 (fls. 13 a 21 Cdno. 3).

Sobre el particular, la señora María Raquel Correales Parada, en la declaración rendida ante este Despacho el 27 de agosto de 2019 (fls. 123 a 124), precisó:

*“Preguntado por la apoderada de la entidad demandada: Usted podría indicarnos si tiene conocimiento las razones por las cuales fue declarado insubsistente el demandante del cargo de profesional grado 11. Contestó: Primero que todo quiero aclarar que él no fue declarado insubsistente, sino se retiró de la entidad **porque en su momento llegó el cargo en propiedad para la Dirección Seccional, entonces tengo entendido que esa fue la razón de la desvinculación**”.* (Negrillas del Despacho).

Por su parte, la señora Marilyn Patricia Simancas Robles, en la misma diligencia, señaló:

*“Preguntado por la apoderada de la entidad demandada: Podría indicar al Despacho si conoce las razones por las cuales el señor Jaime Striedinger fue separado de su cargo. Contestó: **Sí, tengo entendido que fue porque llegó la lista, o sea en ese momento llegó lo del concurso, entonces habían llegado los del grado de él, entonces ya precisamente por eso lo sacaron...** Preguntado por el apoderado del actor: Manifiesta usted al Despacho que el señor Striedinger se desvinculó de la entidad porque llegó la lista, usted conoció esa lista y a que lista se refirió. Contestó: A nosotros nos informan ahí que llegó la lista o se rumora o se dice, porque en la página publican las listas, el listado, o sea en las listas de la persona del grado en ese caso, no recuerdo era un 11 tengo entendido, pues empezaron a sacar las personas de ese grado”.* (Negrita del Despacho).

De las declaraciones transcritas, es claro que el retiro del servicio del demandante se produjo con ocasión del nombramiento en propiedad de la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, razón por la cual, la entidad demandada actuó bajo los preceptos legales establecidos al expedir el Oficio No. DESAJBOO17-49 del 21 de marzo de 2017, pues en el mismo le indicó al actor que mediante el Acuerdo CSJBTA17-500 del 21 de marzo de

2017, proferido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, fue enviada la lista de candidatos para proveer los cargos de **Profesional Universitario - Grado 11, en propiedad**, de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca, lo que conllevó a que se nombrara en propiedad la candidata de la respectiva lista, quien se posesionaría a partir del 3 de abril de 2017 (fls. 16, 22 y 90), como en efecto ocurrió.

En ese sentido, no comparte este Despacho los argumentos expuestos por el apoderado del actor al momento de alegar de conclusión, al sostener que para el empleo que este ejercía no se conformó lista de elegibles; máxime, en consideración a que no se puede pasar por alto, el hecho que, incluso, para la provisión de vacantes definitivas, la entidad debe verificar si dentro de las listas existe alguna conformada para empleos **iguales o equivalentes**, dada la obligación del nominador de hacer uso del registro de elegibles para proveer el empleo<sup>2</sup>.

De otro lado, se precisa que, si bien en el Acta No. DESAJBOAP17-42, se dejó constancia que la señora Carmen Alicia Díaz Cáceres tomó posesión del cargo el **31 de marzo de 2018**, con efectos fiscales, a partir del **3 del mismo mes y año**, dicha circunstancia no invalida el acto de nombramiento de la titular del cargo, como tampoco el **Oficio No. DESAJB0017-49** del 21 de marzo de 2019, pues de su lectura, claramente se evidencia que el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca, le comunicó al demandante que fue nombrada en propiedad, la candidata de la respectiva lista, quien, se posesionaría, desde el **3 de abril de 2017** y, en ese sentido, el actor desempeñaría el empleo hasta el **31 de marzo de dicha anualidad** (fls. 16, 22 y 90), razón por la cual, para esta Juzgadora existió un error por cambio de palabras que no afecta la legalidad del acto de retiro del demandante, de modo que, el señor Jaime Enrique Striedinger Meléndez no logró demostrar los hechos en que fundamenta su demanda, contraviniendo el principio “*onus probandi incumbit actori*”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Sentencia T-112A/14, tres (3) de marzo de dos mil catorce (2014), Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos, expediente T-4.081.407, acción de tutela presentada por Nancy Torres Rodríguez contra la Gobernación de Santander y la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC)

<sup>3</sup> Sentencia C-086/16, veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016), Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, emanda de inconstitucionalidad contra el artículo 167 (parcial) de la ley 1564 de 2012, “por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.

Así las cosas, la motivación del acto de retiro del demandante, se encuentra acorde al ordenamiento legal, puesto que frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos que deben proveerse por el sistema de carrera administrativa, **existe un derecho adquirido para los participantes**, para el caso, el de los aspirantes que superaron el concurso de méritos, convocado por el Acuerdo SACUNA10-15 de 2010 (fls. 13 a 21) y se encuentran en la lista de elegibles conformada mediante el Acuerdo No. CSJBTA17-500 de 2017 (fls. 95 a 96), ya que dicho sistema es el mecanismo que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial.

En ese sentido, esta Juzgadora comparte lo expuesto por la señora Agente del Ministerio Público, al señalar que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 270 de 1996, el empleo que ejercía el demandante en el cargo de **Profesional Universitario Grado 11**, debía ser provisto en propiedad por la persona que ocupó el primer lugar en el concurso de méritos, como en efecto ocurrió, razón por la cual su desvinculación de la entidad no se tornó arbitraria, ni desconoció su derecho como servidor público en provisionalidad, por cuanto su estabilidad era relativa por no pertenecer al sistema de carrera administrativa.

De otra parte, advierte el Despacho que si bien no fue expedido por la entidad demandada acto administrativo de insubsistencia para desvincular al señor Striedinger Meléndez de la entidad, o por lo menos no obra prueba de ello en el plenario, lo cierto es que dicha circunstancia no vicia de nulidad la actuación, pues el Oficio No. DESAJBOO17-49 del 21 de marzo de 2017 (fl. 16), a través del cual se retiró del servicio al demandante se encuentra debidamente motivado, amén de la prevalencia del mérito como presupuesto ineludible para el acceso y permanencia en los cargos que deben proveerse mediante carrera administrativa.

En este orden de ideas, las razones expuestas son suficientes, sobre la apreciación en conjunto de los medios probatorios allegados al proceso, para formarse el convencimiento de que las pretensiones de la demanda deben negarse, toda vez que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de que goza el acto administrativo acusado.

## 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.- 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. 032, de hoy 12 de noviembre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CARACHO 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:

**b438908ae8edccdbea779ac6419fe705cb91ff3f2976e757907450e41e1ca**  
**414**

Documento generado en 10/11/2021 02:39:32 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., once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00409-00**  
**Demandante: JULIA JOSEFINA RIVERA CORTÉS**  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO  
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **JULIA JOSEFINA RIVERA CORTÉS**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.706.443, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1 PRETENSIONES**

Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 18 de agosto de 2018, frente a la petición elevada el 18 de mayo de 2018, por medio de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la ley 1071 de 2006, por el pago tardío de una cesantía definitiva.

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

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

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

**(iii)** Que se condene a la parte demandada a reconocer y pagar los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria, 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 efectúe el pago de la sanción moratoria reconocida en la sentencia.

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

## **1.2. HECHOS**

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

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

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

**1.2.3.** Por laborar como docente en los servicios educativos estatales, la actora le solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 01 de febrero de 2016, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

**1.2.4.** Por medio de la Resolución No. 0649 del 22 de febrero de 2016, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 18 de octubre de 2016, por intermedio de entidad bancaria.

**1.2.5.** El artículo 4° de la Ley 1071 de 2006, estableció que dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley y el artículo 5° ibidem, contempló que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales al servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido por el Fondo Nacional de Ahorro.

**1.2.6.** La actora solicitó la cesantía el 01 de febrero de 2016, siendo el plazo para cancelarlas el día 13 de mayo de 2016, pero se realizó el 18 de octubre de 2016, por lo que trascurrieron 158 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 18 de mayo de 2018, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial con el objeto de llegar a acuerdos sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

## **II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

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

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

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

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

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

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

### **III. CONTESTACIÓN**

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

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

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

Por su parte, la apoderada de la actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **20 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 mediante escrito allegado el **06 de septiembre de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso i) la calidad de docente de la demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de cesantía definitiva, iii) el acto mediante el cual se reconoció a la actora la cesantía, iv) la fecha en que se le canceló la prestación reconocida, y v) la mora en el pago de la prestación.

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

En punto a la solicitud de indexación de la condena solicita la aplicación de la sentencia del 26 de agosto de 2019, desde el 18 de octubre de 2016 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. 20211182205391 del 31 de agosto de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico el día 01 de septiembre del mismo año<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> El correo electrónico fue enviado el martes 31 de agosto de 2021 a las 8:19 p.m., razón por la cual se

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 **104** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

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

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

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

#### **4.3. Agente del Ministerio Público**

---

entiende como presentado al día hábil siguiente.

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

## **V. CONSIDERACIONES**

### **5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.**

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

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

### **5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:**

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

**5.2.1.** Derecho de petición radicado bajo el No. 05261 del 18 de mayo de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el que la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora (fls. 16 y 17).

**5.2.2.** Resolución No. 0649 del 22 de febrero de 2016, mediante la cual la Secretaría de Educación y Cultura de Soacha reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 01 de febrero de 2016 (fls. 18 y 19).

**5.2.3.** Certificación del 13 de septiembre de 2018, expedida por la FIDUPREVISORA, en la que consta que las cesantías quedaron a disposición de la demandante el 26 de agosto de 2016 (fl. 20).

**5.2.4.** Conciliación extrajudicial llevada a cabo en la Procuraduría 86 Judicial I para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida (fls. 21 a 22).

**5.2.5.** Constancia de notificación de la Resolución No. 0649 del 22 de febrero de 2016 “[p]or medio de la cual se reconoce y ordena pago de una CESANTÍA DEFINITIVA a docente JULIA JOSEFINA RIVERA CORTES (SIC), identificada con cédula de ciudadanía No. 51.706.443”, allegada al Despacho vía correo electrónico el 06 de octubre de 2021, en la que consta que se notificó personalmente del contenido de la misma a la demandante el 25 de febrero de 2016, quien renunció a términos de ejecutoria.

### **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 18 de mayo de 2018, ii) si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamadas por la actora.

### **5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.**

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

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 18 de mayo 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 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 2017<sup>2</sup>, 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*

---

<sup>2</sup> 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.

*seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.*

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

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

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

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

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

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

## 5.5. CASO CONCRETO.

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

### 5.5.1. Categoría de servidora pública de la actora.

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

En ese sentido, señala que “...a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos, siendo consonante esta posición con la adoptada por la Corte Constitucional...”.

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora Julia Josefina Rivera Cortés, ostentó la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación y Cultura de Soacha 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 Participación, CIUDADELA SUCRE del Municipio de Soacha (fl. 18), calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de las Leyes

244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

### **5.5.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.**

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

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 0649 del 22 de febrero de 2016 (fl. 18) la demandante solicitó el pago de sus cesantías definitivas el **01 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 **22 de febrero de 2016**; siendo la resolución de reconocimiento expedida ese mismo día, esto es, dentro del término de 15 días. Sin embargo, según se observa de la constancia de notificación de la misma (la cual se llevó a cabo de manera personal el **25 de febrero de 2016**), la actora renunció a términos de ejecutoria. En consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EN TIEMPO, habiendo renunciado a términos de ejecutoria, corriendo la mora **45** días posteriores de la renuncia.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 45 días hábiles desde el **26 de febrero de 2016**, día hábil siguiente a la renuncia a términos de

ejecutoria, lo cual significa que el pago de las cesantías definitivas debió realizarse a más tardar el **03 de mayo de 2016**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **26 de agosto de 2016**, como consta en el oficio expedido por la FIDUPREVISORA S.A., obrante a folio 20 del expediente, incurriéndose en mora desde el **03 de mayo de 2016 hasta el 25 de agosto de 2016**.

### **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. 0649 del 22 de febrero de 2016, que la actora se desvinculó del servicio a partir del **20 de abril de 2012**,

razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en dicha fecha.

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

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

*(...) 184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una penalidad económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.*

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

*(...)*

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

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

*(...)”.*

Ahora bien, en sentencia del **26 de agosto de 2019**<sup>3</sup>, dicha Corporación Judicial se ocupó de precisar la frase consignada en la sentencia arriba

---

<sup>3</sup> Sección Segunda – Subsección “A”Exp. No. 68001-23-33-000-2016-00406-01, No. Interno: 1728-2018,

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.*

(..)”.

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

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **27 de agosto de 2016** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la señora Julia Josefina Rivera Cortés el 18 de mayo 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 **03 de mayo de 2016 y el 25 de agosto de 2016**.

El valor del salario es el vigente para el **20 de abril de 2012**, fecha de retiro del servicio, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dicho mes y año.

## **5.6. PRESCRIPCIÓN**

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*<sup>4</sup>; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*<sup>5</sup>; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> **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.

<sup>5</sup> **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.

<sup>6</sup> **Artículo 151.** Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales, prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual.

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

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía definitiva, se hizo exigible a partir del **03 de mayo de 2016** y la señora Julia Josefina Rivera Cortés formuló reclamación administrativa el **18 de mayo de 2018** (fls. 16 a 17), en tanto la demanda se presentó el **04 de octubre de 2019**, de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

#### **5.7. COSTAS**

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

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO:** Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta respecto de la petición elevada el **18 de mayo de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación No. 05261.

**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. **05261 del 18 de mayo de 2018**, a través de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías definitivas.

**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **JULIA JOSEFINA RIVERA CORTÉS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.706.443, 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 **03 de mayo de 2016 y el 25 de agosto de 2016**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para el **20 de abril de 2012**, 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 **27 de agosto de 2016 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO:** Sin condena en costas a cargo de la entidad demandada.

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

presenta en el reconocimiento y pago de las cesantías de los educadores y así evitar la sanción moratoria.

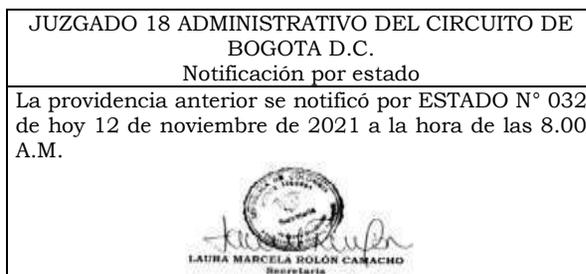
**SÉPTIMO:** Por Secretaría dese cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

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

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

Notifíquese y Cúmplase

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ  
JUEZ**



**Firmado Por:**

**Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez**

**Juez**

**Juzgado Administrativo**

**018**

**Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.*  
*Expediente: 2019-00409*

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:

**4b46182b8bd0a800808c8ba4c4169ace30086c8dbb76de055b8f5737c7a49219**

Documento generado en 10/11/2021 05:03:24 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., once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00457-00**  
**Demandante: NANCY CASTAÑEDA SANTAMARÍA**  
Demandados: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUCIARIA LA PREVISORA S. A. y SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **NANCY CASTAÑEDA SANTAMARÍA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 39.525.347, 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, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S. A. y la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1 PRETENSIONES**

**1.1.1.** Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 30 de abril de 2019, frente a la petición elevada el 30 de enero del mismo año, por medio de la cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la Ley 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías.

**1.1.2.** Declarar que la actora tiene derecho a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006,

equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contando 45 días hábiles, después de que quedó en firme el acto administrativo que ordenaba la liquidación y hasta cuando se hizo efectivo el pago.

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 sanción moratoria, por no pago oportuno de las cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo contado 45 días hábiles, después de que quedó en firme el acto administrativo que ordenaba la liquidación y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

**1.1.4.** Dar cumplimiento al fallo que se profiera, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo C. P. A. C. A.

**1.1.5.** Reconocer y pagar la indexación o actualización de los valores resultantes de la liquidación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías y/o intereses moratorios, desde el momento en que se causaron hasta la fecha del pago efectivo.

**1.1.6.** Pagar las costas, de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo C. P. A. C. A.

## **1.2. HECHOS**

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

**1.2.1.** El 24 de septiembre de 2018, radicó los documentos requeridos para obtener el pago de sus cesantías parciales.

**1.2.2.** A través de la Resolución No. 11257 del 8 de noviembre de 2018, la Secretaría de Educación del Distrito le reconoció las cesantías parciales, acto administrativo que fue notificado el 13 del mismo mes y año.

**1.2.3.** La Fiduciaria la Previsora S. A. en calidad de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad encargada del pago, no procedió en tal sentido, habiendo transcurrido más de 45 días hábiles desde la notificación de dicha resolución.

**1.2.4.** Los días 12 de diciembre de 2018, 10 de enero del 2019 y 22 de enero de la misma anualidad, acudió a las instalaciones de Fiduprevisora S. A., con el objeto de que le informaran la fecha en que se realizaría el pago y en la última ocasión le comunicaron que pasara a mediados de febrero de 2019 y que se desconocía si se había dado la orden de pago por parte de la Secretaría de Educación.

**1.2.5.** El 30 de enero de 2019, la actora solicitó a la Secretaría de Educación del Distrito y a la Fiduprevisora S. A., entre otros aspectos, el reconocimiento de la sanción moratoria por no pago oportuno de las cesantías parciales, liquidando y pagando un día de salario por cada día de retardo, hasta que se cancelaran las mismas.

**1.2.6.** El 30 de enero de 2019, al momento de radicar la petición ante la Fiduprevisora, un funcionario le informó verbalmente que la orden de pago había sido devuelta por enmendaduras en la fecha del acto administrativo, aspecto que no se evidencia de su contenido.

**1.2.7.** El 8 de febrero de 2019, la Dirección de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá, se pronunció frente a la solicitud promovida, señalando que fue remitida a la Fiduciaria la Previsora S. A., mediante el Oficio No. S2019-17012 del 04 de febrero de 2019.

**1.2.8.** El 15 de febrero de 2019, la Fiduprevisora S. A., le manifestó que el acto administrativo que ordenaba el pago de la prestación que le fue reconocida fue devuelta, mediante el Oficio No. 196442 del 17 de enero de 2019, a la Secretaría de Educación, dado que se debía *“Expedir resolución aclaratoria y notificar al docente ... El acto administrativo tiene enmendaduras”* y, por lo tanto, *“... hasta el momento en que la Secretaría de Educación subsane las inconsistencias presentadas y nos remita el*

*acto administrativo correspondiente, que se podrá continuar con el trámite de pago”.*

**1.2.9.** Mediante comunicación del 13 de marzo de 2019, recibida el 21 del mismo mes y año, la Secretaría de Educación le manifestó a la actora que el 21 de febrero de 2019, se había procedido a enviar orden de pago a la Fiduprevisora, aclarando que *“los desembolsos están sujetos a la programación de la Fiduprevisora entidad competente para realizar los respectivos pagos”*, siendo que esperó la notificación de pago por parte de la Fiduprevisora, quien ya tenía su correo electrónico y la dirección de notificación, actuación que no se llevó a cabo.

**1.2.10.** El 29 de marzo de 2019, se dirigió a las Oficinas de la Fiduprevisora S. A., donde le indicaron que se había procedido al pago en el Banco BBVA, pero como no había retirado el dinero, el mismo se había devuelto y, por ende, ya no estaba disponible, aspecto imputable a la entidad, ante la falta de comunicación de la realización de la consignación.

**1.2.11.** El 8 de abril de 2019, radicó ante la Fiduciaria la Previsora S. A. el *“formato único de reprogramación”*.

**1.2.12.** Por medio del Oficio No. 20190910892051 del 2 de mayo de 2019, la Fiduprevisora S. A. le informó que se reprogramó la cesantía parcial para cobro, a partir del 22 de mayo de 2019, en el Banco BBVA.

**1.2.13.** Mediante el Oficio No. 20191090963211 del 9 de mayo de 2019, la Fiduprevisora S. A. le comunicó que el desembolso fue reprogramado para el 23 de mayo de 2019.

**1.2.14.** A pesar de que en los referidos escritos se señaló que el pago estaría disponible para el 22 o 23 de mayo de 2019, la Fiduprevisora incumplió con los plazos indicados, pues no procedió a efectuar la consignación en las citadas fechas.

**1.2.15.** El 28 de mayo de 2019, llamó a la Fiduprevisora S. A., indicando su caso, donde la comunicaron que no se había efectuado el desembolso y que estaría listo para la primera o segunda semana de junio.

**1.2.16.** El 5 de junio de 2019, llamó nuevamente a la Fiduprevisora S. A., donde le informaron no habían salido los listados de desembolso por lo que debía estarse comunicando nuevamente.

**1.2.17.** El 7 de junio de 2019, llamó a la Fiduprevisora S. A. y el Señor Juan Manuel Flechas, le comunicó que aún no habían confirmado el desembolso, por lo que se debía acudir a la entidad financiera a preguntar qué había sucedido.

**1.2.18.** El 10 de junio de 2019, se presentó en la Oficina de la Fiduprevisora S. A., donde le indicaron que ya podía acercarse a la entidad bancaria, por cuanto el 5 de dicho mes y año, se había procedido a realizar el desembolso, contrario a lo comunicado en las manifestaciones telefónicas y, en consecuencia, hasta el 11 de junio de 2019, le pagaron las cesantías parciales.

**1.2.19.** Desde la fecha en que se presentaron las solicitudes de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por no pago oportuno de las cesantías parciales, trascurrieron más de 3 meses, sin que las entidades dieran respuesta, configurándose los actos fictos o presuntos negativos, de que trata el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

**1.2.20.** El 9 de julio de 2019, se radicó solicitud de conciliación prejudicial, correspondiéndole a la Procuraduría 12 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida el 9 de octubre del mismo año.

## **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 en el pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se han menoscabado las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por cuanto se desconocen los términos establecidos para la expedición del acto administrativo, esto es, los 15 días después de radicada la solicitud, así

como los 45 días para proceder al pago al servidor, situación que genera una sanción para la entidad, equivalente a un día de salario, con posterioridad a los 70 días hábiles, después de elevada la petición, hasta cuando se efectúe el pago.

Indicó que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías, buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna, evitando que la autoridad demorara su respuesta y pretendiendo evadir la acción de la justicia.

Manifestó que el plazo adicional de los 5 días, a los 60 días que contempla la ley 1071 de 2006, con el objeto de agotar el procedimiento del 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, de modo que, existen unos tiempos que deben ser cumplidos por la entidad pagadora, pues de lo contrario, se genera una mora que debe ser reconocida al docente.

Luego de citar jurisprudencia relativa al tema objeto de debate, señaló que en el caso particular de la demandante, la entidad pagadora tenía hasta el 8 de enero de 2019, para proceder con el pago de las cesantías parciales; sin embargo, fueron canceladas en fecha posterior, tal como se señaló en los hechos de la demanda.

Finalmente, aludió que cuando se generan demoras en el reconocimiento de las cesantías como consecuencia del incumplimiento en los plazos de entrega de la solicitud de pago por parte de la Secretaría de Educación Territorial, será esta la entidad responsable del pago de la sanción por no pago de cesantías y, en todo caso, si se entiende que la imputación del pago tardío está en cabeza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicha suma deberá sufragarse con cargo a los recursos del fondo, que son administrados por la Fiduprevisora S. A., de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del

artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, “por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”.

### **III. CONTESTACIONES**

#### **3.1. Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

La apoderada del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante escrito del **11 de mayo de 2020**, radicado vía correo electrónico, el **10 de julio de la misma anualidad**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las siguientes excepciones:

**3.1.1. Falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduciaria la Previsora S. A.:** Indicó 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.

**3.1.2. 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.

**3.1.3. 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.

**3.2. Fiduciaria la Previsora S. A.**

A través de auto del 16 de septiembre del año en curso, se requirió a la entidad demandada, con el fin de que, en el término de tres (3) días, siguientes a la notificación de la providencia, allegara la Escritura Pública No. 062 del 31 de enero de 2019, mediante la cual el Doctor Carlos Alberto Cristancho Freile, en su calidad de Representante Legal de la Fiduciaria la Previsora S.A., otorgó poder general al doctor Luis Alfredo Sanabria Ríos.

Sobre el particular, se advierte que, a la fecha, la apoderada que aduce actúa en representación de dicha administradora no ha impartido cumplimiento a lo requerido por el Despacho, circunstancia que impide tener en cuenta la contestación de la demanda efectuada, mediante escrito del **11 de mayo de 2020**, radicado vía correo electrónico, el **10 de julio de la misma anualidad**, respecto de la Fiduprevisora S. A.

### **3.3. Secretaría de Educación de Bogotá.**

El apoderado de la Secretaría de Educación Distrital, por medio de escrito allegado vía correo electrónico el **28 de mayo de 2021**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las siguientes excepciones:

**3.3.1. Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Manifestó que la Secretaría de Educación Distrital no es la llamada a responder en el caso que se acceda a las súplicas de la demanda, toda vez que la Ley no le ha transferido la administración del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, aspecto que le corresponde a la Fiduciaria la Previsora S. A.

**3.3.2. Prescripción:** Indicó que dicho fenómeno jurídico se debe aplicar, conforme a las disposiciones legales y sobre aquellas solicitudes que superen el término máximo legal para su reclamación.

**3.3.3. Genérica o innominada:** Solicitó que se declare probado cualquier medio exceptivo que se encuentre demostrado en el curso del proceso.

## **IV. ALEGATOS**

### **4.1. Parte demandante**

La apoderada de la parte actora, mediante escrito del **27 de septiembre de la presente anualidad**, remitido vía correo electrónico, el mismo día, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso: i) la reclamación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, ii) la ausencia del pago oportuno de la prestación por las omisiones en que incurrieron las entidades demandadas y iii) la configuración de los supuestos contenidos en la Ley 1071 de 2006.

Afirmó que las entidades demandadas argumentan su falta de legitimación en la causa en este tipo de procesos; sin embargo, no se encuentran exoneradas de su responsabilidad, puesto que según lo señalado en la sentencia SU - 041 de 2020, participan en el trámite de reconocimiento de cesantías y, por ende, a pesar de que existen diferentes posturas respecto de la autoridad a la que le corresponde el pago de la sanción moratoria, lo cierto es que no se puede hacer nugatorio el derecho que le asiste a la demandante, en la medida que se generó un perjuicio que debe ser compensado, a través del reconocimiento y pago de este rubro.

#### **4.2. Partes demandadas.**

##### **4.2.1. Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211182550861 del 22 de septiembre de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico, el mismo día, señaló que el Ministerio de Educación Nacional 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 **48** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

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

de no ser así se constituiría en una doble sanción para la administración, haciendo más gravosa la situación de la entidad.

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

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

#### **4.2.2. Fiduciaria la Previsora S. A.**

La Fiduprevisora S. A. no allegó escrito de alegatos de conclusión.

#### **4.2.3. Secretaría de Educación de Bogotá.**

El apoderado de la Secretaría de Educación de Bogotá no presentó alegatos de conclusión.

#### **4.3. Ministerio Público.**

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

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:**

En primer lugar, es menester precisar, que el Despacho **estudiará de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de**

**la Fiduprevisora S. A.**, toda vez que, si bien, la apoderada del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solicitó que se declare probado dicho medio exceptivo, lo cierto es que carece de legitimación para proponerlo, por cuanto, no obra poder que la faculte para actuar en representación de tal entidad, como se señaló líneas atrás.

Ahora bien, 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 y en el artículo 9º, se estableció que las prestaciones sociales del Magisterio serán reconocidas por la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, cuyos recursos son administrados por la Fiduciaria la Previsora S.A.

En ese sentido, para el cumplimiento de las funciones de reconocimiento, pago de prestaciones asignadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se confirieron a la Fiduprevisora S. A. facultades eminentemente administrativas, respecto de la aprobación del proyecto de resolución; no obstante, las aludidas prestaciones están a cargo de la Nación y son pagadas por el referido fondo como cuenta especial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, **siendo la cartera ministerial la llamada a responder frente a las pretensiones de la demandante**, de modo que, se declarará probada de oficio la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduciaria la Previsora S. A.

En cuanto a la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Secretaría de Educación de Bogotá**, vale la pena resaltar que, pese a que el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, estableció que *“La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, no se puede pasar por alto que, de conformidad con el Diario Oficial No. 50.964, dicha norma

fue publicada el **25 de mayo de 2019**, por lo cual, tal entidad no es la llamada a responder por el acaecimiento de la mora ocurrida antes de su vigencia, pues la misma no puede tener efectos retroactivos, como ocurre en el caso de autos, donde de las pruebas obrantes en el expediente, se evidencia que la mora se generó con anterioridad a la mencionada fecha, tal como se señalará más adelante.

Expuesto lo anterior, **se dará prosperidad a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, promovida por el apoderado la Secretaría de Educación de Bogotá**, lo que conduce a que no se estudien las demás excepciones propuestas por esta entidad.

Frente a la excepción de **improcedencia de la indexación de la sanción moratoria**, formulada por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, este Despacho considera que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda, sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

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

## **5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:**

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

**5.2.1.** Desprendible para solicitud de prestaciones radicado el 24 de septiembre de 2018, ante la Secretaría de Educación de Bogotá.

**5.2.2.** Resolución No. 11257 del 8 de noviembre de 2018, mediante la cual la Secretaría de Educación del Distrito reconoció y ordenó el pago

de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 24 de septiembre de 2018.

**5.2.3.** Petición radicada con el No. E-2019-18292 del 30 de enero de 2019, dirigida a la Secretaría de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora.

**5.2.4.** Escrito del 30 de enero de 2019, por medio de la cual la demandante le solicitó a la Fiduciaria la Previsora S. A., que le informara la fecha en la que se realizaría el pago de las cesantías parciales y el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

**5.2.5.** Oficio No. S-2019-17219 del 4 de febrero de 2019, a través del cual la Secretaría de Educación de Bogotá, le comunicó a la demandante que la solicitud elevada fue remitida a la Fiduciaria la Previsora S. A., con el objeto que se pronunciara sobre la misma, en su calidad de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**5.2.6.** Oficio No. 20190870299151 del 15 de febrero de 2019, por medio del cual la Fiduprevisora S. A., le informó a la demandante que, una vez verificada la base del Fondo del Magisterio, se pudo establecer que el acto administrativo que le ordenó el pago de la prestación fue devuelto a la Secretaría de Educación, debido a las inconsistencias que presentaba.

**5.2.7.** Formato No. 20190321092452 del 8 de abril de 2019, mediante el cual la demandante le solicitó a la Fiduciaria la Previsora S. A. la reprogramación del pago de las cesantías, al sostener que no le fue posible el cobro, toda vez que la entidad no le notificó el giro, pese a que elevó petición en tal sentido.

**5.2.8.** Comprobante de pago de la demandante, expedido por la Secretaría de Educación Distrital, para el mes de junio de 2019.

**5.2.9.** Oficio No. 20190910892051 del 2 de mayo de 2019, por medio del cual la Fiduciaria la Previsora S. A. le comunicó a la actora que se

reprogramó el pago de la cesantía parcial, a través del Banco BBVA, a partir del 22 de mayo de 2019.

**5.2.10.** Oficio No. 20191090963211 del 9 de mayo de 2019, mediante el cual la Fiduprevisora S. A., le informó a la demandante que el pago correspondiente a la prestación que le fue reconocida en la Resolución No. 11257 del 8 de noviembre de 2018, se puso a su disposición el 26 de febrero de 2019, pero por haberse vencido el plazo para efectuar el cobro, los recursos fueron reintegrados por la entidad bancaria a las arcas del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en consecuencia, el desembolso fue reprogramado para el **23 de mayo de 2019**, a través del Banco BBVA.

**5.2.11.** Certificación expedida por la Fiduprevisora S. A., donde hace constar que el pago de las cesantías quedó a disposición de la demandante el 26 de febrero de 2019, el cual no fue cobrado y se reprogramó nuevamente, a partir del **20 de mayo de 2019**.

**5.2.12.** Conciliación extrajudicial llevada a cabo en la Procuraduría 12 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 **30 de enero de 2019**, 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 reclamadas.

### **5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.**

La parte actora deprecia la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por la demandante el **30 de enero 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 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 por la actora, 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.*

*(...)”.*

Lo anterior, obedece a que mediante Oficio No. S-2019-17219 del 4 de febrero de 2019, la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio informó que trasladaba a la Fiduciaria la Previsora S. A., la petición radicada por la demandante el 30 de enero de 2019, con el objeto que se pronunciara sobre la misma, en su calidad de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

#### **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.” (Negritas fuera del texto original)*

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

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

#### **5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.**

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017<sup>1</sup>, 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*

<sup>1</sup> 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.

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

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

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

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

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

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

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

**(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecuaba 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 Nancy Castañeda Santamaría ostenta la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación del Distrito y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación Nacional, en el IED Simón Bolívar, 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. 11257 del 8 de noviembre de 2018, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **24 de septiembre 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 **16 de octubre de dicha anualidad**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **8 de**

**noviembre de 2018**, sea decir, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles desde el **25 de septiembre de 2018**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **8 de enero de 2019**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **23 de mayo de dicha anualidad**, como consta en el oficio expedido por la Fiduprevisora S. A., incurriéndose en mora desde el **8 de enero hasta el 22 de mayo de 2019**.

Al respecto, es menester aclarar que, si bien en el certificado expedido por la Fiduciaria se señaló que el pago de las cesantías quedó a disposición de la demandante el 26 de febrero de 2019, el cual no fue cobrado y se reprogramó nuevamente, a partir del **20 de mayo de 2019**, lo cierto es que según el Oficio No. 20190870299151 del 15 de febrero de 2019, suscrito por dicha entidad, el acto administrativo que le ordenó el pago de la prestación fue devuelto a la Secretaría de Educación, dadas las inconsistencias que presentaba, situación que condujo a que la demandante no tuviese certeza de la fecha, a partir de la cual, se consignaría en la entidad bancaria el pago ordenado en la Resolución No. 11257 del 8 de noviembre de 2018.

En virtud de lo anterior, por medio del Formato No. 20190321092452 del 8 de abril de 2019, la demandante le solicitó a la Fiduciaria la Previsora S. A. la reprogramación del pago de las cesantías, al sostener que no le fue posible el cobro, toda vez que la entidad no le notificó el giro, pese a que elevó petición en tal sentido, aspecto que se encuentra acreditado en el expediente.

Así las cosas, a través del Oficio No. 20190910892051 del 2 de mayo de 2019, la Fiduciaria la Previsora S. A. le comunicó a la actora que se reprogramó el pago de la cesantía parcial, a través del Banco BBVA, a partir del 22 de mayo de 2019 y, posteriormente, mediante el Oficio No.

20191090963211 del 9 del mismo mes y año, le informó que el pago correspondiente a la prestación que le fue reconocida en la Resolución No. 11257 del 8 de noviembre de 2018, se puso a su disposición el 26 de febrero de 2019, pero por haberse vencido el plazo para efectuar el cobro, los recursos fueron reintegrados por la entidad bancaria a las arcas del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en consecuencia, el desembolso fue reprogramado para el **23 de mayo de 2019**, a través del Banco BBVA.

En ese sentido, para esta Juzgadora el pago de las cesantía parciales, quedó a disposición de la demandante, a partir del **23 de mayo de 2019**, pues pese a que en los hechos del libelo se atribuye que, según las comunicaciones telefónicas que esta tuvo con varios funcionarios de la entidad, le informaban que no se había efectuado el desembolso y que estaría listo para la primera o segunda semana de junio de dicho año, lo cierto es que no obra en el plenario prueba que así lo acredite, como tampoco se incorporó al expediente el desprendible de pago del BBVA, contentivo de la observación de la fecha de consignación realizada por la entidad, incumpliendo la parte actora con la previsión contenida en el artículo 167 del C. G. del P., según el cual *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”*

### **5.5.3. Salario base de liquidación.**

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

Así, para las cesantías parciales será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades.

Por su parte, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las cesantías definitivas, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la

percibida para la época en la que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas.

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

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de la entidad empleadora comprende una anualidad (**8 de enero al 22 de mayo de 2019**), razón por la cual, la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de enero a mayo de 2019.

#### **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**<sup>2</sup>, 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.

(...)

---

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

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

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C. P. A. C. A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **24 de mayo de 2019** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 *ibidem*.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la actora el 30 de enero 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 parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **8 de enero y el 22 de mayo de 2019**.

El valor del salario es el vigente para los meses de enero a mayo de 2019, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

## **5.6. PRESCRIPCIÓN**

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se*

regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”<sup>3</sup>; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”<sup>4</sup>; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral<sup>5</sup>.

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

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía parcial, se hizo exigible a partir del **8 de enero de 2019** y la señora Nancy Castañeda Santamaría formuló reclamación administrativa el **30 de enero de dicho año**, en tanto la demanda se presentó el **7 de noviembre de 2019**, 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 el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe; amén, que se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Secretaría de Educación de Bogotá y de la Fiduciaria la Previsora S. A.

<sup>3</sup> **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.

<sup>4</sup> **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 sólo por un lapso igual.

<sup>5</sup> **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 probada de oficio la excepción de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* de la Fiduciaria la Previsora S. A., y de la Secretaría de Educación de Bogotá, propuesta por el apoderado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO.-** Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta, respecto de la petición elevada el **30 de enero de 2019**, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, radicada con el No. E-2019-18292.

**TERCERO.-** Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada con el No. **E-2019-18292 del 30 de enero 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 parciales.

**CUARTO.-** A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **NANCY CASTAÑEDA SANTAMARÍA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.525.347, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **8 de enero y el 22 de mayo de 2019**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para los meses de enero a mayo de 2019, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

**QUINTO.-** 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 **24 de mayo de 2019 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C. P. A. C. A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**SEXTO.-** Sin condena en costas a cargo del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ y de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S. A.

**SÉPTIMO.-** 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.

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

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

**DÉCIMO.-** 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.

**DÉCIMO PRIMERO.-** Se reconoce personería para actuar a la doctora **DIANA ESTEFANY SEGURA CASTAÑEDA**, como apoderada de la

demandante, de conformidad con el poder aportado al plenario.

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. 032, de hoy 12 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:

**62d32563bc1c1d2e9a6349842f5723400fa82920347b730016c988fa10098**  
**2d9**

Documento generado en 08/11/2021 12:58:59 PM

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.  
Expediente: 11-001-33-35-018-2019-00457-00*

**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., once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 110013335-018-2020-00193-00  
**Demandantes: MARTHA INÉS BUITRAGO CHÁVES Y OTROS**  
Demandados: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A.  
Asunto: SENTENCIA

---

Los señores **MARTHA INÉS BUITRAGO CHAVES**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.783.043; **MARLENY DÍAZ DE AMADO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.885.292; **MARÍA ANTONIA FERNÁNDEZ CASTRO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.579.768; **ANA GLADYS GALARZA ROMERO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.649.316; y **NÉSTOR WILSON BERNAL CALDERÓN**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.322.718; actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentaron 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**

Los demandantes solicitaron que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos, por medio de los cuales las entidades demandadas

les negaron el reconocimiento y pago de la prima de medio año, establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989, así:

**Caso No. 1. Demandante MARTHA INÉS BUITRAGO CHAVES**

**i)** El acto ficto o presunto negativo originado por el silencio de la Secretaría de Educación de Bogotá, toda vez que no se pronunció sobre la petición No. E-2019-99534 del 13 de junio de 2019.

**ii)** El Oficio No. 20191091787841 del 09 de agosto de 2019 proferido por la Fiduciaria La Previsora S.A.

**Caso No. 2. Demandante MARLENY DÍAZ DE AMADO**

**i)** El acto ficto o presunto negativo originado por el silencio de la Secretaría de Educación de Bogotá, toda vez que no se pronunció sobre la petición No. E-2019-119308 del 22 de julio de 2019.

**ii)** El acto ficto o presunto negativo originado por el silencio de la Fiduciaria La Previsora S.A., toda vez que no se pronunció sobre la petición No. 20190322681602 del 03 de agosto de 2019.

**Caso No. 3. Demandante MARÍA ANTONIA FERNÁNDEZ CASTRO**

**i)** El acto ficto o presunto negativo originado por el silencio de la Secretaría de Educación de Bogotá, toda vez que no se pronunció sobre la petición No. E-2019-137839 del 27 de agosto de 2019.

**ii)** El Oficio No. 20191072353201 del 23 de octubre de 2019 proferido por la Fiduciaria La Previsora S.A.

**Caso No. 4. Demandante ANA GLADYS GALARZA ROMERO**

**i)** El acto ficto o presunto negativo originado por el silencio de la Secretaría de Educación de Bogotá, toda vez que no se pronunció sobre la petición No. E-2019-165077 del 21 de octubre de 2019.

**ii)** El Oficio No. 20200870233781 del 16 de enero de 2020 proferido por la Fiduciaria La Previsora S.A.

### **Caso No. 5. Demandante NÉSTOR WILSON BERNAL CALDERÓN**

**i)** El acto ficto o presunto negativo originado por el silencio de la Secretaría de Educación de Bogotá, toda vez que no se pronunció sobre la petición No. E-2019-175955 del 13 de noviembre de 2019.

**ii)** El Oficio No. 20191073052541 del 27 de diciembre de 2019 proferido por la Fiduciaria La Previsora S.A.

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

- Reconocer y pagar la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.
- Reconocer y pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año<sup>1</sup>, aplicando lo certificado por el DANE desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo el pago, conforme con lo establecido en los artículos 187 y 192 del C.P.A.C.A.
- Que se condene en costas a las entidades demandadas de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

### **1.2. HECHOS**

Para sustentar las pretensiones el apoderado de la parte actora alude a los siguientes hechos:

**1.2.1.** Que mediante las siguientes resoluciones el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio les reconoció a los actores las pensiones vitalicias de jubilación por sus servicios prestados como docentes

---

<sup>1</sup> La pretensión de la demanda numerada como “SEGUNDA” se refiere a la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto del “reintegro solicitado en los descuentos para salud”; sin embargo, para el Despacho es claro que se trata de un error de transcripción pues dichos descuentos no hacen parte de la controversia.

vinculados al servicio del Magisterio Oficial:

CASO	DEMANDANTE	RESOLUCIÓN DE RECONOCIMIENTO No.
1	Martha Inés Buitrago Chaves	7292 del 13 de octubre de 2016
2	Marleny Díaz De Amado	5369 del 04 de octubre de 2013
3	María Antonia Fernández Castro	3141 del 23 de septiembre de 2009
4	Ana Gladys Galarza Romero	2784 del 01 de julio de 2010
5	Néstor Wilson Bernal Calderón	2034 del 25 de marzo de 2014

**1.2.2.** Que los actores sólo gozan de las aludidas pensiones, pues se vincularon al Magisterio Oficial con posterioridad al año 1980, por lo que no son beneficiarios de la pensión gracia regulada en la Ley 113 de 1914.

**1.2.3.** Que, mediante las siguientes peticiones, los demandantes solicitaron 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; y la entidad respondió de la siguiente manera:

CASO	DEMANDANTE	PETICIÓN No.	RESPUESTA
1	Martha Inés Buitrago Chaves	E-2019-99534 del 13 de junio de 2019	Oficio No. <b>S-2019-121861 del 26 de junio de 2019</b> informó que, por competencia, se trasladaba la petición a La Fiduprevisora S.A. y guardó silencio respecto del reconocimiento de la prima de medio año.
2	Marleny Díaz De Amado	E-2019-119308 del 22 de julio de 2019	Oficio No. <b>S-2019-138163 del 23 de julio de 2019</b> informó que, por competencia, se trasladaba la petición a La Fiduprevisora S.A. y guardó silencio respecto del reconocimiento de la prima de medio año.
3	María Antonia Fernández Castro	E-2019-137839 del 27 de agosto de 2019	No emitió respuesta de fondo.
4	Ana Gladys Galarza Romero	E-2019-165077 del 21 de octubre de 2019	Oficio No. <b>S-2019-195604 del 24 de octubre de 2019</b> informó que, por competencia, se trasladaba la petición a La Fiduprevisora S.A. y guardó silencio respecto del reconocimiento de la prima de medio año.
5	Néstor Wilson Bernal Calderón	E-2019-175955 del 13 de noviembre de 2019	Oficio No. <b>S-2019-218021 del 02 de diciembre de 2019</b> informó que, por competencia, se trasladaba la petición a La Fiduprevisora S.A. y guardó silencio respecto del reconocimiento de la prima de medio año.

**1.2.4.** Que, mediante las siguientes peticiones, los demandantes solicitaron 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; y la entidad contestó de la siguiente manera:

<b>CASO</b>	<b>DEMANDANTE</b>	<b>PETICIÓN No.</b>	<b>RESPUESTA</b>
<b>1</b>	Martha Inés Buitrago Chaves	20190321980752 del 14 de junio de 2019	Oficio No. <b>20191091787841 del 09 de agosto de 2019</b> , mediante el cual negó la solicitud.
<b>2</b>	Marleny Díaz De Amado	20190322681602 del 03 de agosto de 2019	No emitió respuesta de fondo.
<b>3</b>	María Antonia Fernández Castro	20190322972942 del 28 de agosto de 2019	Oficio No. <b>20191072353201 del 23 de octubre de 2019</b> , mediante el cual negó la solicitud.
<b>4</b>	Ana Gladys Galarza Romero	20190323908432 de noviembre de 2019	Oficio No. <b>20200870233781 del 16 de enero de 2020</b> , mediante el cual negó la solicitud.
<b>5</b>	Néstor Wilson Bernal Calderón	20190323916172 del 05 de noviembre de 2019	Oficio No. <b>20191063052541 del 27 de diciembre de 2019</b> , mediante el cual negó la solicitud.

## **II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

El apoderado 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 sus poderdantes cumplen con las reglas antedichas, razón por la cual se les debe reconocer la prima de medio año, equivalente a una mesada pensional.

### **III. CONTESTACIÓN**

La apoderada de las entidades demandadas, mediante escrito del **13 de mayo 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 siguientes excepciones:

**3.1. Falta de legitimación por pasiva de la Fiduprevisora S.A.:** Indicó 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.

**3.2. Inexistencia de la obligación por falta de requisitos para ser beneficiario de la prima de mitad de año (mesada 14):** Señaló que la mesada adicional consagrada al artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, el Acto Legislativo 01 de 2005, prohibió expresamente que, a partir de su entrada en vigencia, los pensionados, incluidos los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reciban más de 13 mesadas pensionales, de manera que a los demandantes no les asiste el derecho al disfrute de la prima de medio año, en la medida que las prestaciones que les fueron reconocidas, superan los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por su parte, el apoderado de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **4 de junio de 2021**, recorrió el traslado de las referidas excepciones, en forma oportuna, oponiéndose a su prosperidad.

#### **IV. ALEGATOS**

##### **4.1. Parte demandante**

El apoderado de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **28 de septiembre de 2021**, reiteró los argumentos expuestos en el libelo demandatorio y, a su vez, señaló que los docentes que son vinculados al Magisterio oficial con posterioridad al año 1980 y con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se les debe respetar el reconocimiento y pago de la prima de medio año, tal como lo establece el artículo 15 de la Ley 91 de 1980.

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 el artículo 15 de 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, a través de memorial radicado bajo el No. **20211182548311 del 22 de septiembre de 2021**, allegado vía correo electrónico ese mismo día, expuso sus alegatos de conclusión, y refirió que la mesada adicional consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la 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, ningún pensionado, incluidos los docentes afiliados al FOMAG, reciban más de 13 mesadas pensionales y, en consecuencia, solicitó denegar las pretensiones de la demanda, toda vez, que las mismas no encuentran vocación de prosperidad en el entendido que los actos administrativos fueron proferidos en derecho y atendiendo al contexto fáctico de los actores.

#### **4.3. Agente del Ministerio Público.**

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

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.**

Respecto a la excepción de **falta de legitimación por pasiva de la Fiduprevisora S.A.**, se advierte, como primer aspecto, que la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y en el artículo 9, 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 y pago de prestaciones asignadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales

del Magisterio, se confirieron a la Fiduprevisora facultades eminentemente administrativas; no obstante, las aludidas prestaciones están a cargo de la Nación y son pagadas por el aludido Fondo como cuenta especial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, siendo este Ministerio el llamado a responder frente a las pretensiones de los demandantes y no la Fiduciaria la Previsora S. A., razón suficiente para dar prosperidad a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la apoderada de dicha entidad.

De otra parte, frente a la excepción de **inexistencia de la obligación por falta de requisitos para ser beneficiario de la prima de mitad de año (mesada 14)**, 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 impiden resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia

## **5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.**

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

### **5.2.1. Caso No. MARTHA INÉS BUITRAGO CHAVES**

5.2.1.1. Resolución 7292 del 13 de octubre de 2016, a través de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la actora, a partir del 23 de mayo de 2016.

5.2.1.2. Petición elevada por la actora a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 13 de junio de 2019, bajo el No. E-2019-99534, 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.

5.2.1.3. Oficio No. S-2019-121861 del 26 de junio de 2019, por medio del cual la Secretaría de Educación de Bogotá informó de la remisión de la anterior solicitud a la Fiduciaria La Previsora S.A. y guardó silencio frente al reconocimiento y pago de la prima de medio año.

5.2.1.4. Petición elevada por la actora ante la Fiduciaria la Previsora S. A. bajo el No. 20190321980752 del 14 de junio de 2019, 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.

5.2.1.5. Oficio No. 20191091787841 del 09 de agosto de 2019, mediante el cual la Fiduciaria La Previsora S.A. negó la anterior solicitud.

5.2.1.6. Extracto contentivo de los pagos de pensión de la actora, por el periodo comprendido entre el 21 de enero del 2016 y el 31 de julio de 2019.

5.2.1.7. Certificado de Salarios de la actora expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá y Certificado de Historia Laboral.

5.2.1.8. Copia de la cédula de ciudadanía de la actora.

## **5.2.2. Caso No. 2. Demandante MARLENY DÍAZ DE AMADO**

5.2.2.1. Resolución 5369 del 04 de octubre 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 a la actora, a partir del 06 de enero de 2012.

5.2.2.2. Petición elevada por la actora a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 22 de julio de 2019, bajo el No. E-2019-119308, 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.

5.2.2.3. Oficio No. S-2019-138163 del 23 de julio de 2019, por medio del cual la Secretaría de Educación de Bogotá informó de la remisión de la anterior solicitud a la Fiduciaria La Previsora S.A. y guardó silencio frente al reconocimiento y pago de la prima de medio año.

5.2.2.4. Petición elevada por la actora ante la Fiduciaria la Previsora S. A. bajo el No. 20190322681602 del 03 de agosto de 2019, 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.

5.2.2.5. Certificado de Salarios de la actora expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá y Certificado de Historia Laboral.

5.2.2.6. Copia de la cédula de ciudadanía de la actora.

### **5.2.3. Caso No. 3. Demandante MARÍA ANTONIA FERNÁNDEZ CASTRO**

5.2.3.1. Resolución 3141 del 23 de septiembre de 2009, a través de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la actora, a partir del 03 de julio de 2008.

5.2.3.2. Petición elevada por la actora a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 27 de agosto de 2019, bajo el No. E-2019-137839, 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.

5.2.3.3. Petición elevada por la actora ante la Fiduciaria la Previsora S. A. bajo el No. 20190322972942 del 28 de agosto de 2019, 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.

5.2.3.4. Oficio No. 20191072353201 del 23 de octubre de 2019, mediante el cual la Fiduciaria La Previsora S.A. negó la anterior solicitud.

5.2.3.5. Extracto contentivo de los pagos de pensión de la actora, por el periodo comprendido entre el 30 de enero de 2009 y el 30 de septiembre de 2019.

5.2.3.6. Oficio No. 20190872549351 del 08 de noviembre de 2019, mediante el cual la Fiduciaria La Previsora S.A. atendió la petición No. 20190323554662 de la actora.

5.2.3.7. Extracto contentivo de los pagos de pensión de la actora, por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 1970 y el 31 de octubre de 2019.

5.2.3.8. Certificado de Salarios de la actora expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá y Certificado de Historia Laboral.

5.2.3.9. Copia de la cédula de ciudadanía de la actora.

#### **5.2.4. Caso No. 4. Demandante ANA GLADYS GALARZA ROMERO**

5.2.4.1. Oficio No. 5301-S-2019-201205 del 30 de octubre de 2019, mediante el cual la Secretaría de Educación de Bogotá se dirigió a la actora, en respuesta a su solicitud No. E-2019-165077, indicando que adjuntaba documentos.

5.2.4.2. Resolución 2784 del 01 de julio de 2010, a través de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la actora, a partir del 02 de enero de 2010.

5.2.4.3. Petición elevada por la actora a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 21 de octubre de 2019, bajo el No. E-2019-165077, 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.

5.2.4.4. Oficio No. S-2019-195604 del 24 de octubre de 2019, por medio del cual la Secretaría de Educación de Bogotá informó de la remisión de la anterior solicitud a la Fiduciaria La Previsora S.A. y guardó silencio frente al reconocimiento y pago de la prima de medio año.

5.2.4.5. Petición elevada por la actora ante la Fiduciaria la Previsora S. A. bajo el No. 20190323908432 del 01 de noviembre de 2019, 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.

5.2.4.6. Oficio No. 20200870233781 del 16 de enero de 2020, mediante el cual la Fiduciaria La Previsora S.A. negó la anterior solicitud.

5.2.4.7. Certificado de Salarios de la actora expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá y Certificado de Historia Laboral.

5.2.4.8. Copia de la cédula de ciudadanía de la actora.

### **5.2.5. Caso No. 5. Demandante NÉSTOR WILSON BERNAL CALDERÓN**

5.2.5.1. Resolución 2034 del 25 de marzo de 2014, a través de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al actor, a partir del 04 de marzo de 2013.

5.2.5.2. Petición elevada por la actora a la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 18 de noviembre de 2019, bajo el No. E-2019-175955, 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.

5.2.5.3. Oficio No. S-2019-218021 del 02 de diciembre de 2019, por medio del cual la Secretaría de Educación de Bogotá informó de la remisión de la anterior solicitud a la Fiduciaria La Previsora S.A. y guardó silencio frente al reconocimiento y pago de la prima de medio año.

5.2.5.4. Petición elevada por la actora ante la Fiduciaria la Previsora S. A. bajo el No. 20190323916172 del 05 de noviembre de 2019, 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.

5.2.5.5. Oficio No. 20191073052541 del 27 de diciembre de 2019, mediante el cual la Fiduciaria La Previsora S.A. negó la anterior solicitud.

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

5.2.5.7. Copia de la cédula de ciudadanía del actor.

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se señaló en el auto 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 las peticiones presentadas por

los actores los días 13 de junio, 22 de julio, 27 de agosto, 21 de octubre y 13 de noviembre de 2019, ante el Ministerio de Educación Nacional; así como frente a la petición del 03 de agosto del mismo año, ante la Fiduciaria la Previsora S.A., por parte de la señora Marleny Díaz De Amado; **ii)** si con la expedición de los actos administrativos identificados como Oficios Nos. 20191091787841 del 09 de agosto de 2019, 20191072353201 del 23 de octubre de 2019, 20200870233781 del 16 de enero de 2020 y 20191073052541 del 27 de diciembre de 2019, todos expedidos por la Fiduciaria la Previsora S.A. por medio de los cuales negó a los actores 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 los demandantes tienen o no derecho a que se les reconozca la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

### **5.3.1. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN**

El apoderado de la parte actora deprecia la existencia y nulidad de los actos fictos presuntos negativos productos del silencio de la Administración frente a las peticiones radicadas por los demandantes los días 13 de junio, 22 de julio, 27 de agosto, 21 de octubre y 13 de noviembre de 2019, ante el Ministerio de Educación Nacional; así como frente a la petición del 03 de agosto del mismo año, ante la Fiduciaria la Previsora S.A., mediante las cuales solicitaron 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 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.”*

Lo anterior obedece a que mediante los oficios Nos. S-2019-121861 del 26 de junio de 2019, S-2019-138163 del 23 de julio de 2019, S-2019-195604 del 24 de octubre de 2019, y S-2019-218021 del 02 de diciembre de 2019, la Secretaría de Educación del Distrito informó a los respectivos

demandantes que trasladaba a la Fiduciaria la Previsora S.A. la petición radicada por ellos. Asimismo, la petición del 27 de agosto de 2019 no tuvo respuesta de fondo por parte de la mencionada Secretaría y, la petición del 03 de agosto de 2019 tampoco tuvo respuesta alguna por parte de la Fiduciaria La Previsora S.A.

### **5.3.2. 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 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentra contenida 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.*<sup>2</sup>

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 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 Política, 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.”*

---

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

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 adquieran 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 33-33-003-2018-00516-02<sup>3</sup>, 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***

---

<sup>3</sup> 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.

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."

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 de los demandantes a adquirir el reconocimiento pensional, es decir cuándo cumplieron 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 las siguientes resoluciones, la Secretaría de Educación de Bogotá les reconoció las pensiones vitalicias de jubilación a los demandantes desde las siguientes fechas, por haber adquirido el status de jubilados los días que se pasan a señalar:

<b>CASO</b>	<b>DEMANDANTE</b>	<b>RESOLUCIÓN No.</b>	<b>FECHA DESDE LA CUAL SE HIZO EL RECONOCIMIENTO</b>	<b>STATUS DE JUBILADO</b>
1	Martha Inés Buitrago Chaves	7292 del 13 de octubre de 2016	23 de mayo de 2016	22 de mayo de 2016
2	Marleny Díaz De Amado	5369 del 04 de octubre de 2013	06 de enero de 2012	05 de enero de 2012
3	María Antonia Fernández Castro	3141 del 23 de septiembre de 2009	03 de julio de 2008	02 de julio de 2008
4	Ana Gladys Galarza Romero	2784 del 01 de julio de 2010	02 de enero de 2010	01 de enero de 2010
5	Néstor Wilson Bernal Calderón	2034 del 25 de marzo de 2014	04 de marzo de 2013	03 de marzo de 2013

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 parágrafo transitorio 6 del artículo 1º del Acto Legislativo.

Así las cosas, bajo el primer postulado, los demandantes no tendrían derecho al reconocimiento de la mesada adicional del mes de junio, pues sus derechos a la pensión se causaron con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, **el 22 de mayo de 2016** (la señora Buitrago Chaves), **el 05 de enero de 2012** (la señora Díaz De Amado), **el 02 de julio de 2008** (la señora Fernández Castro), **el 01 de enero de 2010** (la señora Ana Gladys Galarza Romero) y **el 03 de marzo de 2013** (el señor Bernal Calderón); no obstante, corresponde determinar si se encuentran cobijados por la excepción contenida en el parágrafo transitorio No. 6 de dicha normativa constitucional.

Sobre el particular, según se acredita en las resoluciones mediante las cuales se reconocieron las pensiones de jubilación a los demandantes, el monto de estas ascendió a las siguientes sumas:

<b>CASO</b>	<b>DEMANDANTE</b>	<b>RESOLUCIÓN No.</b>	<b>CUANTÍA</b>
<b>1</b>	Martha Inés Buitrago Chaves	7292 del 13 de octubre de 2016	\$2.319.314,00 pesos m/cte.
<b>2</b>	Marleny Díaz De Amado	5369 del 04 de octubre de 2013	\$1.896.262,00 pesos m/cte.
<b>3</b>	María Antonia Fernández Castro	3141 del 23 de septiembre de 2009	\$1.626.137,00 pesos m/cte.
<b>4</b>	Ana Gladys Galarza Romero	2784 del 01 de julio de 2010	\$2.341.380,00 pesos m/cte.
<b>5</b>	Néstor Wilson Bernal Calderón	2034 del 25 de marzo de 2014	\$2.001.248,00 pesos m/cte.

Como se observa, las anteriores sumas exceden el monto fijado por la excepción contemplada en el parágrafo transitorio 6 del mencionado Acto Legislativo, toda vez, que para los años en que los demandantes adquirieron el status de pensionados, el salario mínimo legal mensual vigente ascendía a los siguientes valores:

<b>CASO</b>	<b>DEMANDANTE</b>	<b>AÑO</b>	<b>SALARIO MÍNIMO</b>	<b>VALOR DE TRES SALARIOS MÍNIMOS</b>
<b>1</b>	Martha Inés Buitrago Chaves	2016	\$689.455,00 pesos m/cte.	\$2.068.365 pesos m/cte.
<b>2</b>	Marleny Díaz De Amado	2012	\$566.700,00 pesos m/cte.	\$1.700.100 pesos m/cte.
<b>3</b>	María Antonia Fernández Castro	2008	\$461.500,00 pesos m/cte.	\$1.384.500 pesos m/cte.
<b>4</b>	Ana Gladys Galarza Romero	2010	\$515.000,00 pesos m/cte.	\$1.545.000 pesos m/cte.
<b>5</b>	Néstor Wilson Bernal Calderón	2013	\$ 589.500,00 pesos m/cte.	\$1.768.500 pesos m/cte.

De esta forma, las anteriores circunstancias excluyen per-se el derecho de los demandantes a devengar la prima de medio año.

Así las cosas, mal pueden los demandantes 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 el apoderado de los demandantes, 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, excepción dentro de la cual no se encuentra ninguno de los demandantes.

### **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 los actores en el curso del proceso hayan 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:** 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 los demandantes.

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

Notifíquese y cúmplase

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ**  
**JUEZ**

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

*Este documento fue electrónico 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° 032 de hoy 12 de noviembre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CANACHO Secretaría

**Jaramillo Vasquez**  
**Administrativo**  
**D.C.,**

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

Código de verificación: **ca5c4582cde23f39c42b2cb5a9967e411dd8145b13a4c5aaaa3a9ef60ef8d070**  
Documento generado en 08/11/2021 11:29:47 AM

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



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

Bogotá D.C., once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 110013335-018-**2020**-00**354**-00  
**Demandante:** **GRACIELA CONTRERAS**  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **GRACIELA CONTRERAS**, identificada con cédula de ciudadanía No. 35.516.126 de Facatativá (Cundinamarca), 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 la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1 PRETENSIONES**

**i)** Que se declare la existencia y posterior la nulidad del acto ficto presunto negativo, por cuanto la cual la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no se pronunció sobre la petición del 1 de noviembre de 2019, bajo radicado No. E-2019-171862, a través del cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de medio año, establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

**iii)** 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 30 de octubre de 2019, bajo radicado No. 20190323877272, por medio de la cual se solicitó el 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:

- Reconocer y pagar la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.
  
- Reconocer y pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto del reintegro solicitado en los descuentos para salud, referidos en los numerales anteriores, aplicando lo certificado por el DANE desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo el pago, conforme con lo establecido en los artículos 187 y 192 del C.P.A.C.A.
  
- Que se condene en costas a las entidades demandadas de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

## **1.2. HECHOS**

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

**1.2.1.** Que mediante Resolución No. 9459 del 27 de diciembre de 2016, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bogotá D.C, le reconoció a la actora una pensión de jubilación por aportes, a partir del 10 de abril de 1996.

**1.2.2.** Que la actora solo devenga la pensión de jubilación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez, que por ser vinculada al Magisterio con posterioridad al año 1980, no es beneficiaria de la pensión gracia regulada por la Ley 113 de 1914.

**1.2.3.** Que mediante petición del 1 de noviembre de 2019, bajo radicado No. E-2019-171862, la demandante solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bogotá D.C., 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 la Secretaría de Educación de Bogotá a través de oficio No. S-2019-204486 del 6 de noviembre de 2019, informó que trasladó por competencia la anterior solicitud a la Fiduprevisora y guardó silencio respecto de lo deprecado.

**1.2.5.** Que mediante petición del 30 de octubre de 2019, la 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 demandante estima desconocidos los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución 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:

Manifiesta que la entidad estaba en la obligación de reconocer y pagar la prima de medio año contemplada en el numeral 2° del art. 15 de la Ley 91 de 1989, equivalente a una mesada pensional, la cual es diferente a la mesada adicional del mes de junio reconocida en la Ley 100 de 1993.

Indica que los docentes vinculados al Magisterio con posterioridad al año 1980 y antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es el 26 de junio de 2003, se les debe reconocer la prima de medio año, de conformidad con 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.

### **III. CONTESTACIÓN**

La apoderada de las entidades demandadas, 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 las siguientes excepciones:

**1.1. Falta de legitimación por pasiva de la Fiduprevisora S.A.:** Indicó 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.

**1.2. Inexistencia de la obligación por falta de requisitos para ser beneficiario de la prima de mitad de año (mesada 14):** Señaló que la mesada adicional consagrada al artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, el Acto Legislativo 01 de 2005, prohibió expresamente que, a partir su entrada en vigencia, los pensionados, incluidos los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reciban más de 13 mesadas pensionales, de manera que a la demandante no le asiste el derecho al disfrute de la prima de medio año, en la medida que la prestación que le fue reconocida supera los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

##### **4.1. Parte demandante**

La apoderada de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **23 de septiembre de 2021**, reiteró los argumentos expuestos en el libelo demandatorio y a su vez señaló que los docentes que son vinculados al Magisterio oficial con posterioridad al año 1980 y con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es 26 de junio de 2003, se les debe reconocer y pagar la prima de medio año tal como lo establece el Artículo 15 de la Ley 91 de 1980.

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. **20211182550101 del 22 de septiembre de 2021**, allegado vía correo electrónico el mismo día, 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 su entrada en vigor, el 25 de julio del 2005, ningún pensionado, incluido los docentes afiliados al FOMAG, reciban más de 13 mesadas pensionales, y agregó que la demandante tiene una mesada pensional que supera los 3 S.M.M.L.V.

Por lo anterior, solicitó denegar las pretensiones de la demanda, toda vez, que el derecho pensional de la demandante, fue consolidado el 27 de abril de 2016, es decir con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor del Acto Legislativo 001 de 2005 y el valor de la pensión reconocida es superior a los 3 SMMLV, razón por la cual, no se encuentra dentro de las excepciones expuestas para ser acreedora del derecho pretendido.

#### **4.3. Ministerio Público**

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

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.**

Respecto a la excepción de **falta de legitimación por pasiva de la Fiduprevisora S.A.**, se advierte, como primer aspecto, que la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable

y estadística, sin personería jurídica y en el artículo 9, 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 aludido Fondo como cuenta especial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, siendo este Ministerio el llamado a responder frente a las pretensiones de la demandante y no la Fiduciaria la Previsora S. A., razón suficiente para dar prosperidad a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la apoderada de dicha entidad.

De otra parte, frente a la excepción de **inexistencia de la obligación por falta de requisitos para ser beneficiario de la prima de mitad de año (mesada 14)**, 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 impiden resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia

## **5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.**

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

**5.2.1.** Resolución No. 9459 del 27 de diciembre de 2016, a través de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante, a partir del 28 de abril de 2016.

**5.2.2.** Petición elevada por la actora a la Secretaría de Educación de Bogotá-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 1 de noviembre de 2019, por medio de la cual solicitó el reconocimiento de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

**5.2.3.** Petición elevada por la actora ante la Fiduciaria la Previsora S. A. el 30 de octubre de 2019, solicitando el reconocimiento de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

**5.2.4.** Oficio No. S-2019-204486 del 6 de noviembre de 2019, a través del cual la Secretaría de Educación de Bogotá, informó que consultada la hoja de vida de la demandante registra como pensionada, reconocida mediante la Resolución 9459 del 27 de diciembre de 2016 y procedió a remitir la solicitud a la Fiduciaria la Previsora S.A.

**5.2.5.** Oficio No. 20191072677661 del 23 de noviembre de 2019, por medio del cual la Fiduciaria la Previsora S. A., le indicó a la demandante que dada la completitud de la solicitud, la cual requiere de varios aplicativos de la entidad y en atención al alto volumen de peticiones recibidas, la misma será resuelta dentro de los 15 días siguientes a la expedición de esta comunicación, de conformidad con el artículo 14 de la ley 1755 de 2015.

**5.2.6.** Certificado de Salarios de la actora expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá y Certificado de Historia Laboral.

**5.2.7.** Copia de la cédula de ciudadanía de la actora.

### **5.3. 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 las peticiones presentadas por la actora el 30 de octubre de 2019 y el 01 de noviembre de 2019, ante la Fiduprevisora S.A. y el Ministerio de Educación Nacional, respectivamente; y **ii)** si la 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.

### **5.3.1. 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 los derechos de petición radicados por la demandante el 1 de noviembre de 2019, ante el Ministerio de Educación Nacional y el 30 de octubre del mismo año, ante la Fiduprevisora S.A., mediante las cuales solicitó el reconocimiento de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

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.”*

Lo anterior, obedece a que mediante el oficio No. S-2019-204486 del 6 de noviembre de 2019, la Secretaría de Educación de Bogotá, se limitó a informar que consultada la hoja de vida de la demandante registra como pensionada, reconocida mediante la Resolución 9459 del 27 de diciembre de 2016 y procedió a remitir la solicitud a la Fiduciaria la Previsora S.A.

Por su parte, la Fiduprevisora por medio del oficio No. 20191072677661 del 23 de noviembre de 2019, le indicó a la demandante que dada la completitud de la solicitud, la cual requiere de varios aplicativos de la entidad y en atención al alto volumen de peticiones recibidas, la misma será resuelta dentro de los 15 días siguientes a la expedición de esta comunicación, de conformidad con el artículo 14 de la ley 1755 de 2015.

### **5.3.2. 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 a 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.”<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Versión resultante luego de que se declararan inexecutable unos apartes por la Corte Constitucional en Sentencia C-409 de 2004.

Por su parte, en el artículo 279 de la misma norma 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 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)*

*(...)*

Por su parte, 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 adquieran 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 33-33-003-2018-00516-02<sup>2</sup>, al respecto, 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.*

---

<sup>2</sup> 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.

*§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."*

*§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 de la 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 No. 9459 del 27 de diciembre de 2016, la Secretaría de Educación de Bogotá le reconoció una pensión de vejez a la demandante, por haber adquirido el status de pensionada el **27 de abril de 2016**, condicionada al retiro del servicio y al sistema general de pensiones, a partir del 28 del mismo mes y año, en cuantía de \$2.305.574,00 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, la 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 27 de abril de 2016**; no obstante, corresponde determinar si se encuentra cobijada por la excepción contenida en el párrafo transitorio No. 6 de dicha normativa constitucional.

Sobre el particular, según se acredita en la Resolución 9459 del 27 de diciembre de 2016, mediante la cual se reconoció pensión de jubilación a la demandante, el monto de la misma ascendió a la suma de **\$2.305.574 pesos m/cte**, valor que excede el monto fijado por la excepción contemplada en el párrafo transitorio 6 del mencionado Acto Legislativo, toda vez, que para el año 2016, el salario mínimo legal mensual vigente ascendía a la suma de \$689,455,00 m/cte. y tres (3) salarios mínimos correspondían al monto de **\$2.068.365,00 pesos m/cte.**, circunstancia que excluye per-se el derecho a devengar la prima de medio año.

Así las cosas, mal puede la 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 de la 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, excepción dentro de la cual no se encuentra la demandante.

### **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 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,

## VI. 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.

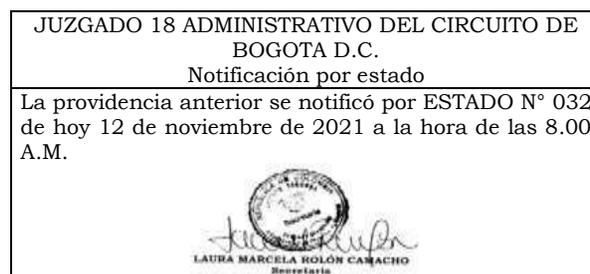
**SEGUNDO:** DENEGAR las súplicas de la demanda conforme a las razones referidas en la parte motiva de la presente providencia.

**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**

*Juzgado Dieciocho (18) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá  
Expediente No. 2020-00354-00*

**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: **2e9e39a7558fb030aa23b80cb7522bb07c664d5541c7030d3ae128cc0a60f3b9**  
Documento generado en 08/11/2021 11:44:14 AM*

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



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

Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2021-00014-00**  
**Demandante:** **AURA STELLA RUIZ CORREDOR**  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S. A.  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **AURA STELLA RUIZ CORREDOR**, identificada con cédula de ciudadanía No. 24.030.693 de San Mateo, 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 – FIDUPREVISORA S. A., correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1.1. PRETENSIONES**

La parte demandante solicitó:

**1.1.1.** Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 3062 del 10 de abril de 2019, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá D. C. - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la cual se negó el reintegro y suspensión de las sumas descontadas por concepto de seguridad social (salud), en las mesadas adicionales de cada año.

**1.1.2.** Que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto negativo, derivado de la falta de pronunciamiento a la petición promovida el 13 de diciembre de 2018, ante la Fiduciaria la Previsora S.

A., relativa al reintegro y suspensión de las sumas descontadas por concepto de seguridad social (salud) en las mesadas adicionales de cada año que se han efectuado a la demandante y sobre el reconocimiento y pago de la prima de medio año, contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

**1.1.3.** Que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto negativo, como consecuencia de la falta de pronunciamiento de fondo de la petición elevada el 31 de enero de 2019, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, orientada al 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, la parte actora solicitó que se condene a la entidad demandada a:

**1.1.4.** Reconocer y pagar la prima de medio año, contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

**1.1.5.** Reintegrar los valores descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de junio y/o diciembre de cada año, según corresponda, desde que se causó la pensión y hasta el momento de la sentencia.

**1.1.6.** Suspender los descuentos por seguridad social (salud) sobre las mesadas pensionales adicionales de cada año que se causen a partir de la sentencia.

**1.1.7.** Pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto del reintegro solicitado en los descuentos para salud, referidos en los numerales anteriores, aplicando lo certificado por el DANE, desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo el pago, en virtud de lo dispuesto en los artículos 187 y 192 del C.P.A.C.A.

**1.1.8.** Condenar 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 el apoderado de la parte actora alude a los siguientes hechos:

**1.2.1.** La demandante laboró como docente al servicio de la Secretaría de Educación de Bogotá, a partir del 1 de enero de 1981, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, al 26 de junio de 2003.

**1.2.2.** Mediante la Resolución No. 6512 del 18 de julio del 2018, la Secretaría de Educación del Distrito - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá le reconoció la pensión jubilación; sin embargo, omitió incorporar el pago de la prima de medio año, establecida en la Ley 91 de 1989 y desde el primer pago de la prestación le efectúan los descuentos para EPS (salud), sobre las mesadas adicionales, sin que exista una norma vigente que así lo ordene.

**1.2.3.** El 13 de diciembre de 2018, la demandante le solicitó a la Fiduciaria la Previsora S.A., el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada año, así como el reconocimiento y pago de la prima de medio año, a la que hace alusión el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, petición que no ha sido resuelta de fondo a la fecha de presentación de la demanda.

**1.2.4.** El 31 de enero de 2019, le solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad, así como el reconocimiento y pago de la prima de medio año, contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

**1.2.5.** A través de la Resolución No. 3062 del 10 de abril de 2019, la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le negó el reintegro y suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de cada anualidad y le informó que trasladaba la petición a la Fiduprevisora S. A.; no obstante, guardó silencio respecto al reconocimiento de la prima de medio año.

## **II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

El apoderado 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.

De otro lado, sostuvo que la Ley 812 de 2003, derogó tácitamente el descuento para salud en las mesadas adicionales, al remitir la cotización de los docentes oficiales a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, las cuales no contemplan dichos descuentos, de modo que, las actuaciones que han desplegado las entidades demandadas constituyen un abuso y se tornan ilegales.

Así las cosas, aludió que debe tenerse en cuenta lo señalado por la Oficina Jurídica del Ministerio de la Protección Social, en el Concepto No. 10846 del 20 de agosto de 2004 y por la Superintendencia Nacional de Salud, en

el Concepto No. 8004-1-160365 de 31 de diciembre de 2005, los cuales se ocupó de transcribir.

Indicó que la Fiduciaria Previsora S. A., debe responder por los descuentos para salud que efectuó a los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debido al contrato de fiducia que suscribió con el Ministerio de Educación Nacional, en la medida que los recursos con los cuales cumple sus funciones le corresponden al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Refirió que las entidades demandadas trasgreden los principios de igualdad y de legalidad a los que hace alusión la H. Corte Constitucional, en las sentencias C-461 de 12 de octubre de 1995 y C – 430 DE 2009 – *respectivamente*, así como los derechos contenidos en los artículos de la Constitución Política, citados anteriormente.

### III. CONTESTACIÓN

La apoderada de las entidades demandadas, mediante escrito del **13 de mayo 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 siguientes excepciones:

**3.1. Falta de legitimación por pasiva de la Fiduprevisora S.A.:** Indicó 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.

**3.2. Legalidad del acto administrativo - inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica:** Manifestó 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 determinan 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 a 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.

**3.3. Inexistencia de la obligación por falta de requisitos para ser beneficiario de la prima de mitad de año (mesada 14):** Señaló que la mesada adicional consagrada al artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, el Acto Legislativo 01 de 2005, prohibió expresamente que, a partir su entrada en vigencia, los pensionados, incluidos los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reciban más de 13 mesadas pensionales, de manera que a la demandante no le asiste el derecho al disfrute de la prima de medio año, en la medida que la prestación que le fue reconocida supera los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por su parte, la apoderada de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **4 de junio de 2021**, recorrió el traslado de las referidas excepciones, en forma oportuna, oponiéndose a su prosperidad.

## **IV. ALEGATOS**

### **4.1. Parte demandante**

El apoderado de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **28 de septiembre de 2021**, reiteró los argumentos

expuestos en el libelo demandatorio y, a su vez, señaló que los docentes que son vinculados al Magisterio oficial con posterioridad al año 1980 y con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se les debe respetar el reconocimiento y pago de la prima de medio año, tal como lo establece el artículo 15 de la Ley 91 de 1980.

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 el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, ya que, si bien tienen similitudes, su normatividad, concepto y reconocimiento son diferentes.

#### **4.2. Parte demandada**

La apoderada de la parte demandada, a través de memorial radicado bajo el No. **20211182553321 del 22 de septiembre de 2021**, allegado vía correo electrónico el día siguiente<sup>1</sup>, expuso sus alegatos de conclusión, resaltando que, aunque se presentaba una disparidad de criterios en los Despachos Judiciales sobre la procedencia de los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales, el Consejo de Estado, se pronunció sobre el asunto, unificando jurisprudencia, en el sentido de precisar que 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 y, 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 dicha disposición, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.

---

<sup>1</sup> Se tiene en cuenta el día siguiente hábil, dado que el memorial fue enviado, mediante correo electrónico el “miércoles, 22 de septiembre de 2021 5:50 p.m.”

De otro lado, respecto a la pretensión de reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, refirió que la mesada adicional consagrada al artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la 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 su entrada en vigor, esto es, el 25 de julio del 2005, algún pensionado, incluido los docentes afiliados al FOMAG, reciban más de 13 mesadas pensionales, de modo que, a la demandante no le asiste el derecho a lo pretendido, por cuanto, percibe una mesada pensional que supera los 3 S.M.M.L.V. y, en consecuencia, solicitó denegar las pretensiones de la demanda, toda vez, que las mismas no encuentran vocación de prosperidad en el entendido que los actos administrativos fueron proferidos en derecho y atendiendo al contexto fáctico de la actora.

#### **4.3. Agente del Ministerio Público.**

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

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.**

Respecto a la excepción de **falta de legitimación por pasiva de la Fiduprevisora S.A.**, se advierte, como primer aspecto, que la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y en el artículo 9, 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 aludido Fondo como cuenta especial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, siendo este Ministerio el llamado a responder frente a las pretensiones de la demandante y no la Fiduciaria la Previsora S. A., razón suficiente para dar prosperidad a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la apoderada de dicha entidad.

De otra parte, frente a las excepciones de **legalidad del acto administrativo - inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica e inexistencia de la obligación por falta de requisitos para ser beneficiario de la prima de mitad de año (mesada 14)**, 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 impiden 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:**

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

**5.2.1.** Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Aura Stella Ruiz Corredor.

**5.2.2.** Resolución No. 6512 del 18 de julio de 2018, por medio de la cual la Secretaría de Educación del Distrito, le reconoció la pensión vitalicia de jubilación a la demandante, a partir del 15 de marzo de dicho año.

**5.2.3.** Escrito del 13 de diciembre de 2018, radicado con el No. 20180323769182, mediante el cual la actora le solicitó a la Fiduciaria la Previsora S. A., el reintegro y suspensión de los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como el reconocimiento y pago de la prima de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

**5.2.4.** Escrito del 31 de enero de 2019, radicado con el No. E-2019-

19333, por medio del cual la demandante le solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reajuste de la pensión de jubilación, el reconocimiento y pago de la prima de medio año, contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el reintegro y suspensión de los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

**5.2.5.** Resolución No. 3062 del 10 de abril de 2019, por medio de la cual la Secretaría de Educación del Distrito le negó a la demandante el reajuste de la pensión de jubilación, así como la devolución y suspensión de los descuentos en salud, sobre las mesadas adicionales que percibe.

**5.2.6.** Formatos Únicos para Expedición de Certificado de Salario e Historia Laboral de la actora, expedidos por la Secretaría de Educación Distrital.

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se señaló en el auto del 16 de septiembre de 2021, los problemas que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: **i)** si se configuró el silencio administrativo negativo, frente a la petición presentada el 31 de enero de 2019, ante el Ministerio de Educación Nacional;

**ii)** Si con la expedición de la Resolución No. 3062 del 10 de abril de 2019, por medio de la cual la Secretaría de Educación del Distrito – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le negó a la demandante el reintegro y suspensión de las sumas descontadas por concepto de seguridad social (salud) en las mesadas adicionales de cada año, así como el reconocimiento y pago de la prima de medio año, se incurrió en las causales de nulidad alegadas, que desvirtúen su legalidad;

**iii)** Si la 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 y;

**iv)** Si las mesadas pensionales reconocidas a favor de la actora en calidad de pensionada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de junio y diciembre (respectivamente), son susceptibles de

descuentos de aporte al régimen contributivo de seguridad social en salud, si procede o no su devolución y 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 (PRIMER PROBLEMA JURÍDICO)**

El apoderado de la parte actora deprecia la existencia y nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la Administración frente a la petición elevada por la demandante el **31 de enero de 2019**, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, respecto del 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, en el caso de la demandante, se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la citada entidad haya resuelto en su integridad 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.”*

Lo anterior, obedece a que mediante la Resolución No. 3062 del 10 de abril de 2019, la Secretaría de Educación del Distrito – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó la suspensión y reintegro de los descuentos en salud efectuados en sus mesadas adicionales, omitiendo realizar un pronunciamiento de fondo, sobre el reconocimiento y pago de la prima de medio año, tal como lo solicitó en el escrito del 31 de enero de 2019.

### **5.3.2. MARCO NORMATIVO QUE REGULA LA PRIMA DE MEDIO AÑO, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY 91 DE 1989 (SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO)**

La mesada adicional de junio en favor de los docentes afiliados a Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentra contenida en el numeral 2º 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.”<sup>2</sup>*

---

<sup>2</sup> Versión resultante luego de que se declararan inexequibles unos apartes por la Corte Constitucional en Sentencia C-409 de 2004.

Por su parte, el artículo 279 de la misma norma, 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 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 Política, 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 adquieran 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 33-33-003-2018-00516-02<sup>3</sup>, 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.*

---

<sup>3</sup> 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.

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."

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 de la 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 No. 6512 del 18 de julio de 2018, la Secretaría de Educación del Distrito le reconoció la pensión vitalicia de jubilación a la demandante, por haber adquirido el status de pensionada el **14 de marzo de 2018**, a partir del 15 del mismo mes y año, en cuantía de \$2.756.002,00 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 1º del Acto Legislativo.

Así las cosas, bajo el primer postulado, la 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 **14 de marzo de 2018**; no obstante, corresponde determinar si se encuentra cobijada por la excepción contenida en el párrafo transitorio No. 6 de dicha normativa constitucional.

Sobre el particular, según se acredita en la Resolución No. 6512 del 18 de julio de 2018, mediante la cual se reconoció pensión de jubilación a la demandante, el monto de la misma ascendió a la suma de **\$2.756.002,00 m/cte.**, valor que excede el monto fijado por la excepción contemplada en el párrafo transitorio 6 del mencionado Acto Legislativo, toda vez, que para el año 2018, el salario mínimo legal mensual vigente ascendía al monto de \$781,242,00 m/cte. y tres (3) salarios mínimos correspondían al monto de **\$2.343.726,00 m/cte.**, circunstancia que excluye *per-se* el derecho a devengar la prima de medio año.

Así las cosas, mal puede la 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 de la 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, excepción dentro de la cual no se encuentra la demandante.

### **5.3.3. MARCO NORMATIVO QUE REGULA EL RÉGIMEN DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE LAS MESADAS PENSIONALES (TERCER PROBLEMA JURÍDICO)**

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 4<sup>a</sup>. de 1966, artículo 37 del decreto

3135 de 1968 y artículo 90 del Decreto 1848 de 1969), como en el régimen especial de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (numeral 5° del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, “*por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, con una diferencia entre ellos, pues en el primero, no se alude a las mesadas adicionales, en tanto que en el segundo se señala expresamente que en dicha cotización quedan incluidas las mesadas adicionales.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el monto de cotización en salud, quedó consagrado en el artículo 204 *ibídem*, 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.

#### **5.3.3.1. 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).

#### **5.3.3.2. 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 Gómez<sup>4</sup>, 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 45 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*

---

<sup>4</sup> Demandante: JOSÉ JULIÁN GUEVARA PARRA, Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

<sup>5</sup> 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».

pensionales, **incluso de las mesadas adicionales, según lo ordenado por el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por lo tanto, dicha obligación subsiste.**

(...)

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

(...)

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

Y más adelante, agregó:

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

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

(...)

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

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

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

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.

Ahora bien, como se mencionó en numerales precedentes se encuentra acreditado que la actora tiene la calidad de docente pensionada por jubilación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que elevó reclamación administrativa, 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.

Así las cosas, 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.

#### **5.4. 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 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**



Gloria

Firmado Por:

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:

**7a55583b68472c7b1cf36f6e28b2263af3f4b53a87a251a0856ec66f93bac5  
c4**

Documento generado en 08/11/2021 12:04:29 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., once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 110013335018**2021-00098-00**  
**Demandante: ABEL BUCURU ONATRA**  
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICÍA NACIONAL  
Asunto: SENTENCIA

---

El señor **ABEL BUCURU ONATRA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 93.204.769 de Purificación (Tolima), actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICÍA NACIONAL, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1.1. PRETENSIONES**

**i)** Pretende el demandante que se inaplique por inconstitucional el artículo 17 del Decreto 1091 de 1995, al no incluir como beneficiaria del subsidio familiar a su cónyuge, pese a que los artículos 110 y 111 del Decreto 1029 de 1994, se encuentran vigentes y respecto de los cuales se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado a través providencia 886 del 24 de octubre de 1996, definiendo los conceptos de familia, su conformación y el subsidio familiar.

**ii)** Que se declare la nulidad del oficio No. S-2020-036178-DITAHANOPA-1.10 del 18 de agosto de 2020 y de la Resolución No.02826 del 4 de noviembre de 2020, mediante los cuales se negó la reliquidación del salario del demandante, incluyendo el subsidio familiar en un 35% del salario básico.

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

**i)** Reconocer y pagar al demandante la reliquidación del salario, donde se incluya la partida del subsidio familiar en un 35% del sueldo básico con retroactividad a partir del 21 de julio de 2016, aplicando la prescripción cuatrienal, toda vez, que el día 21 de julio de 2020, se interrumpió la prescripción de las mesadas.

**ii)** Pagar todas las sumas de dinero por concepto de la relación laboral que tuvo con la entidad demandada, tales como salarios y partidas salariales, incluyendo el valor de los aumentos que se hubieren decretado año a año, debidamente indexados hasta la fecha en que se realice el pago al demandante.

**iii)** Pagar al demandante las sumas de dinero que sean liquidadas, de conformidad con el artículo 192 del C.P.A.C.A., los intereses moratorios legales, liquidados desde la fecha en que se hicieron exigibles y hasta la fecha en que se produzca el pago real y efectivo de cada una de las mismas.

## **1.2. HECHOS**

Para sustentar las pretensiones el apoderado de la parte actora alude a los siguientes hechos:

**1.2.1.** El demandante ingresó a la Policía Nacional en el año de 1997, y actualmente devenga asignación de retiro

**1.2.2.** El actor contrajo matrimonio con la señora Esperanza Vargas Quiroga, el día 25 de agosto de 2012, con quien procreó a la menor Leidy Lorena Bucuru Vargas, lo cual consta en la hoja de servicios.

**1.2.3.** Que el artículo 16 del Decreto 1091 de 1995, ordena el pago en dinero del subsidio familiar al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, pese a ello, ordena al Gobierno Nacional determinar la cuantía del subsidio.

**1.2.4.** Que la Junta Directiva del Instituto para la Seguridad y Bienestar de la Policía Nacional no ha reglamentado el reconocimiento y pago del subsidio familiar al Nivel Ejecutivo, tal como lo dispone el artículo 18 del Decreto 1091 de 1995.

**1.2.5.** Que el personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional perciben en dinero el subsidio familiar en un 30% del sueldo básico para los casados, o viudos con hijos habidos en el matrimonio, de conformidad con el artículo 82 del Decreto 1212 del 8 de junio de 1990 y el artículo 46 del Decreto 1213 del 8 de junio de 1990.

**1.2.6.** Que durante el tiempo que estuvo vinculado a la Policía Nacional nunca se le pagó el subsidio familiar teniendo en cuenta que tiene cónyuge y una hija.

**1.2.7.** Que el demandante se encuentra en una situación de desigualdad, frente al personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes que componen la Policía Nacional de Colombia, al no pagársele el subsidio familiar, toda vez, que cumplen la misma misión.

**1.2.8.** Que la última unidad laborada del actor fue el Grupo Derechos Humanos DIRAN –INSGE, con sede en Bogotá D.C, como consta en la hoja de servicios.

**1.2.9.** Que el 12 de abril de 2021, fue notificada el acta por parte de la Procuraduría Judicial a través de la cual, consta que no fue posible llegar a un acuerdo conciliatorio.

**1.2.10.** Que el salario que devenga el personal del Nivel Ejecutivo en comparación con el que devengan los oficiales de la Policía Nacional regidos por el Decreto 1212 de 1990, es desfavorable para los primeros, máxime que actualmente la Policía Nacional, solo cuenta con dos escalafones el nivel Directivo y nivel Ejecutivo, ya que los Suboficiales y agentes dejaron de incorporarse a la Policía Nacional hace más de veinte años, tal como consta en el Oficio S-2020-009850- DINCO del 16 de diciembre de 2020.

## II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos los artículos 1, 4, 13, 29, 42, 48, 53, 85 y 93 Constitucionales, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el artículo 8 de la Ley 153 de 1987, la Ley 4ª del 18 de mayo de 1992, los artículos 1º, 2º y 7º de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, y los Decretos 1212, 1029 de 1994 y 1091 de 1995, estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

Sostuvo que el artículo 42 de la Constitución Política, establece que el concepto de familia es el núcleo fundamental de la sociedad, por lo cual, no es factible que ninguna norma excluya a la esposa o compañera permanente como miembro de la familia, tal como lo hace el artículo 17 del Decreto 1091 de 1995, ya que desnaturaliza dicho concepto.

Señaló que el Consejo de Estado, a través del Concepto del 24 de octubre de 1996, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, instruyó al Gobierno Nacional – Ministerio de Defensa – Policía Nacional frente al régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo indicando que procede la remisión a los decretos leyes 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, en el sentido de que los derechos allí consagrados para el cónyuge y los hijos de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se reconocerán y pagarán a la familia del miembro del nivel ejecutivo.

Manifestó que en el presente asunto se dan los elementos para la aplicación de la analogía por las siguientes razones:

- a) Ausencia de reglamentación del artículo 16 del Decreto 1091 de 1995, por incumplimiento a la obligación consagrada en el artículo 18 *ibídem*, por el cual se reconoce el derecho a percibir el subsidio familiar al personal del nivel ejecutivo.
- b) El artículo 82 del Decreto 1212 de 1990 y el artículo 46 del Decreto 1213 de 1990, reglamenta el reconocimiento del subsidio familiar al personal de agente, oficial y suboficial de la Policía Nacional.
- c) El reconocimiento del subsidio familiar para los trabajadores de la Policía Nacional tiene las misma razón, motivo y fundamento.

Concluyó que para el presente caso, es incuestionable que el valor recibido por el actor por concepto de salario para el grado que ostenta como integrante de la Policía Nacional, está por debajo de lo ordenado por el principio de legalidad de los Decretos 1029 de 1994, 1212 de 1990 y 1213 de 1990, y demás normas concordantes que disponen el reconocimiento y pago del subsidio familiar, debido a la omisión de la Policía Nacional en reglamentar y en consecuencia determinar la cuantía del derecho al subsidio familiar establecido en el artículo 16 del Decreto 1091 de 1995, para el nivel ejecutivo, siendo evidente una flagrante vulneración al derecho fundamental a la igualdad y al principio superior de favorabilidad en material laboral.

### III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **12 de julio de 2019**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Manifestó que el accionante realizó cursó e ingresó al escalafón del Nivel Ejecutivo desde el año 1998 hasta la actualidad; no obstante, dicho grado, no es regido por los Decretos 1212 y 1213 de 1990, el cual consagra los emolumentos que el demandante reclama, sino que se encuentra cobijado por los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004, último en el cual causó el derecho a reconocimiento y pago del subsidio familiar que en la actualidad percibe, y afirmó que en los mismos no desmejoró su salario, por cuanto nunca tuvo derecho a lo que hoy pretende se le reconozca y pague.

Sostuvo que respecto a la reliquidación y pago salarial en un 30% del sueldo básico por concepto de su esposa, y 5% por concepto de su primer hijo, verificados los antecedentes que reposan en el Sistema de Información para la Administración del Talento Humano (SIATH), se evidencia que el señor Abel Bucuru Onatra, ingresó a la Institución Policial bajo la modalidad de incorporación directa al Nivel Ejecutivo, por lo cual reitera, se encuentra regido bajo el Decreto Ley 1091 de 1995, "*Por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional*".

Por otra parte, señaló que el legislador expidió la Ley 180 de 1995, por la cual se modifican y expiden algunas disposiciones sobre la Policía Nacional y del Estatuto para la Seguridad Social y Bienestar y se otorgan facultades extraordinarias al presidente de la República para desarrollar la Carrera Policial denominada Nivel Ejecutivo.

Adujo que el artículo 15 del Decreto 132 de 1995, indicó que el personal que ingresara al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se sometería al régimen salarial y prestacional que determinara el Gobierno Nacional, lo cual se debe interpretar en armonía con el artículo 82 *ibídem*, que se refirió a la protección especial consagrada en la Ley 180 de 1995, en el cual se señaló que no se podrá discriminar ni desmejorar en ningún aspecto, la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional.

De otro lado, propuso las siguientes excepciones:

i) **Acto administrativo ajustado a la constitución y a la ley:** Afirma que el acto administrativo mediante el cual se negó la reliquidación e inclusión del subsidio familiar como factor salarial en un 30% del sueldo básico por concepto de su esposa y en un 5% por su hija, fue estructurado atendiendo los presupuestos procesales de existencia, validez y eficacia procesal, que debe tener todo acto emanado de la administración.

En ese sentido, refirió que dicho acto fue expedido por la funcionaria y la autoridad competente, por lo cual tal actuación no fue desproporcional, ni trasgredió derecho fundamental alguno como lo considera el demandante, sino que se observaron las garantías constitucionales, legales y jurisprudenciales vigentes para el caso en litigio y, por ende, goza del principio de legalidad y transparencia.

ii) **Inexistencia del derecho y la obligación reclamada:** Precisa que la entidad demandada dio cumplimiento estricto a lo establecido en los Decretos Nos. 1091 de 1995, 133 de la misma anualidad y 4433 de 2004, normatividad aplicable para los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, razón por la cual el derecho pretendido por el demandante es inexistente para el caso en litigio.

iii) **Cobro de lo no debido:** Afirmó que no es procedente conceder lo pretendido por el demandante, ya que de accederse en tal sentido se crearía un tercer régimen relacionado con lo favorable de los Decretos Nos. 1213 de 1990 que aplica para los Agentes y los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004, para los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, cuando se debe tener en cuenta el principio de inescindibilidad de la Ley.

iv) **Genérica o innominada:** Solicitó que se declaren las excepciones que resulten probadas dentro del proceso y que constituyan una excepción que favorezca a la entidad demandada, y que no hayan sido alegadas expresamente en la contestación de la demanda.

#### **IV. ALEGATOS**

##### **4.1. Parte demandante**

Mediante escrito del **20 de septiembre de 2021**, el apoderado del actor dentro de la oportunidad legal presentó alegatos de conclusión, ratificándose en los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, en el sentido de indicar que, el subsidio familiar consagrado para los miembros de la Policía Nacional tiene como finalidad proteger la familia, ayudando a solventar las cargas económicas, pero dicha finalidad se ve atacada de manera flagrante cuando el estado reconoce una protección especial a todos los miembros de la institución, y excluye a un sector determinado.

Reiteró que el Honorable Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, a través del Concepto 886 del 24 de octubre de 1996, definió el concepto de familia, señalando que procede la remisión a los decretos leyes 1212 de 1990 y 1213 de 1990, para el cónyuge y los hijos de los miembros del Nivel Ejecutivo de la entidad.

##### **4.2. Parte demandada**

A través de memorial del **30 de septiembre de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico, el mismo día, la apoderada de la entidad demandada presentó alegatos de conclusión, solicitando que se nieguen

las súplicas de la demanda, toda vez que no le asiste derecho al demandante a la reliquidación y pago de la partida de subsidio familiar.

Afirmó que a lo largo de la carrera policial del demandante éste solo ha hecho parte del Nivel Ejecutivo y no perteneció al escalafón de Agentes cobijado por el Decreto 1213 del 8 de junio de 1990, como tampoco del Decreto 1212 de 1990, ya que cuando ingresó se encontraban vigentes los Decretos 1091 de 1995, 133 de 1995 y 4433 de 2004.

Finalmente, manifestó que el demandante decidió de manera libre y voluntaria hacer parte de la carrera del Nivel Ejecutivo, conociendo las normas que lo iban a regir respecto a salario y prestaciones, esto es, las contempladas en los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004.

#### **4.3. Agente del Ministerio Público**

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

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **5.1 DECISIÓN DE EXCEPCIONES.**

Frente a las excepciones de **Acto administrativo ajustado a la constitución y a la ley, inexistencia del derecho y la obligación reclamada, y cobro de lo no debido**, 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 impiden al Despachado resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

Frente a la excepción **genérica**, no se encontraron excepciones que deban ser declaradas de oficio en este momento procesal.

#### **5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.**

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

**5.2.1.** Resolución No. 0346 del 5 de febrero de 2019 “[p]or la cual se retira del servicio activo a un personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”, entre ellos, al demandante.

**5.2.2.** Resolución No. 6475 del 27 de junio de 2019, mediante la cual la entidad demandada le reconoció la asignación de retiro al actor, a partir del 11 de mayo de 2019, en cuantía equivalente al 79%.

**5.2.3.** Derecho de petición elevado ante la entidad demandada el 21 de julio de 2020, a través del cual el actor solicitó el reajuste del salario mensual, incluyendo el subsidio familiar en un 35% de su salario básico, desde que se produjo el matrimonio y el nacimiento de su hija, junto con la indexación.

**5.2.4.** Oficio No. No. S-2020-036178-DITAHANOPA-1.10 del 18 de agosto de 2020, a través del cual la Policía Nacional negó la anterior solicitud del actor, teniendo en cuenta que el Nivel Ejecutivo al cual pertenece el demandante se rige por el Decreto 1091 de 1995, en consecuencia, el reconocimiento y pago del subsidio familiar se realiza conforme a lo previsto en los artículos 16 y 17 *ibidem*, así mismo que los valores a pagar se encuentran previstos en los decretos anuales de sueldo.

**5.2.5.** Recurso de apelación radicado el 22 de agosto de 2020, en contra del anterior oficio.

**5.2.6.** Resolución 02826 del 4 de noviembre de 2020, por medio de la cual, la entidad demandada resolvió el recurso de apelación contra el oficio del 18 de agosto de 2020, confirmado en su integridad la decisión.

**5.2.7.** Certificación expedida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en la que consta las partidas computables reconocidas al actor en su asignación de retiro.

**5.2.8.** Hoja de servicios donde se relacionan los haberes que percibe el demandante y el tiempo de servicios en la institución.

**5.2.9.** Copia del registro Civil de Matrimonio con indicativo serial No. 5787697 del 25 de agosto de 2012, celebrado entre el actor y la señora Esperanza Vargas Quiroga.

**5.2.10.** Copia del registro Civil de Nacimiento con indicativo serial No. 41977421 del 17 de febrero de 2009, de Leidy Lorena Bucuru Vargas.

**5.2.11.** Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 12 de abril del 2021, en la Procuraduría 139 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida.

**5.2.12.** Oficio S-2020-009850- DINCO del 16 de diciembre de 2020, por medio del cual la entidad demandada le indicó al apoderado del demandante que el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional surge en el año de 1995 a partir del Decreto 132 de 1995, en el cual se estableció los grados y tiempos mínimos, derogado a su vez, por el Decreto 1791 de 2000, y frente al numeral 6 de su petición, precisó que la Policía Nacional no cuenta en la actualidad con convocatorias abiertas para el grado de Cabo Segundo, toda vez, que dicha categoría policial desde el año 1995, fue suprimida.

**5.2.13.** Copia de la Circular 003/OFPLA-UDESO-175 del 03 de enero de 1997, emitida por la entidad demandada, en la cual señalan que es procedente aplicar los artículos 110 y 111 del Decreto 1029 de 1994, referentes a la definición del concepto de familia.

**5.2.14.** Copia del concepto del 24 de octubre de 1996 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

**5.2.15.** Copia de la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca del 29 de enero de 2020, bajo radicado No.76-001-33-33-003-2015-00174-01.

### **5.3. 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 hay lugar a la inaplicación por vía de excepción de inconstitucionalidad de los artículos 15, 16 y 17 del Decreto 1091 de 1995, así como los decretos que establecen los sueldos básicos para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional; y **ii)** si el demandante tiene o no derecho a la reliquidación de su asignación salarial, con la inclusión del subsidio familiar contenida en los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

#### **5.4 Del Régimen salarial y prestacional aplicable a los Miembros del Nivel Ejecutivo. Antecedentes normativos.**

En vigencia de la Constitución Política de 1991, a través del artículo 150, numeral 19, se asignó competencia especial al Congreso de la República para fijar las pautas y lineamientos que debería tener en cuenta el Presidente de la República al momento de desarrollar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Por su parte, el artículo 218 de dicha normatividad, señaló que la ley determinará el régimen de carrera, **prestacional** y disciplinario de la Policía Nacional.

Así las cosas, el Congreso de la República expidió **Ley 180 del 13 de enero de 1995**, por medio de la cual se modificaron y expidieron algunas disposiciones sobre la Policía Nacional y del Estatuto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se revistió al Presidente de la República de facultades para desarrollar la Carrera profesional denominada Nivel Ejecutivo, consagrando en su artículo 7, lo siguiente:

*“Artículo 7°.- De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de noventa (90) días, contados a partir de la promulgación de la presente Ley, para los siguientes efectos:*

*1. Desarrollar en la Policía Nacional la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo a que se refiere el artículo 1° de la presente Ley, a la cual podrán vincularse Suboficiales, Agentes, personal no uniformado y de incorporación directa. Esta nueva carrera comprenderá los siguientes aspectos:*

*(...)*

**- Asignaciones salariales, primas y prestaciones sociales**

(...)

*PARÁGRAFO. La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo” (subrayado fuera del texto original).*

Por lo anterior, se expidió el **Decreto 132 del 13 de enero de 1995**, a través del cual se desarrolló la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y en cuanto al ingreso el artículo 12, contempló:

**“Artículo 12.** *Ingreso de suboficiales al Nivel Ejecutivo. Podrán ingresar a la escala jerárquica del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los suboficiales en servicio activo que lo soliciten, de acuerdo con las siguientes equivalencias:*

(...)”

Por su parte, el artículo 13 *ibídem*, indicó:

**“Artículo 13.** *Ingreso de agentes al Nivel Ejecutivo. Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los agentes en servicio activo siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:*

(...)”.

A su vez, el artículo 14 *ejusdem*, señaló:

**“Artículo 14.** *Ingreso auxiliares de Policía Bachilleres. El personal de bachilleres que presten el servicio militar obligatorio en la Policía Nacional, podrán ingresar al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en el grado de Patrullero de conformidad con la reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional”.*

A su turno, el artículo 15 de dicha disposición legal, refirió:

**“Artículo 15. Régimen salarial y prestacional del personal del Nivel Ejecutivo. El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional”.** (Negrita del Despacho).

Finalmente, el artículo 82 *ibídem*, dispuso:

**“Artículo 82°.- INGRESO AL NIVEL EJECUTIVO. El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional”.** (Negrillas fuera del texto original).

De la normatividad trascrita, se concluye que los Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional pueden ingresar por homologación al Nivel Ejecutivo, a quienes no se les podría desmejorar el régimen salarial y prestacional que venían disfrutando en la institución castrense; por otro lado, se encuentran los uniformados que ingresaron por **incorporación directa**, quienes se someterán a los regímenes que determine el Gobierno Nacional.

Ahora bien, en desarrollo de las normas generales contenidas en la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1091 del 27 de junio de 1995** “por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995” y en el artículo 15, dispuso:

**“Artículo 15. Definición.** El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en proporción al número de personas a cargo y de acuerdo a su remuneración mensual, con el fin de disminuir las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Esta prestación estará a cargo del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional.

**Parágrafo.** El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso”.

En cuanto a su remuneración, el artículo 16 de dicha disposición, contempló:

**“Artículo 16. Pago en dinero del subsidio familiar.** El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. **El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo.**” (Negrita y subrayado del Despacho).

A su vez, el artículo 17 *ejusdem*, indicó:

**“Artículo 17.** De las personas a cargo. Tendrá derecho al subsidio familiar las personas a cargo del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, que a continuación se enumeran:

a. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros menores de doce (12) años.

b. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros mayores de doce (12) años y menores de veintitrés (23) años, que acrediten estar adelantando estudios primarios, secundarios y post-secundarios en establecimientos docentes oficialmente aprobados.

c. Los hermanos huérfanos de padre menores de dieciocho (18) años.

d. Los hijos y hermanos huérfanos de padre que sean inválidos o de capacidad física disminuida, que hayan perdido más del 60% de su capacidad normal de trabajo.

e. Los padres mayores de sesenta (60) años, siempre y cuando no reciban salario, renta o pensión alguna.

*Para efecto del pago del subsidio se consideran personas a cargo las enumeradas, cuando convivan y dependan económicamente del personal del nivel ejecutivo y se hallen dentro de las condiciones aquí estipuladas”.*

De otro lado, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 578 de 2000, para expedir normas relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, emitió el Decreto 1791 de 2000 “*por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional*”, norma que derogó el Decreto 132 del 13 de enero de 1995 y en cuanto al ingreso de los miembros del Nivel Ejecutivo, replicó lo contenido en los artículos 12 y 13 de dicha disposición legal; sin embargo, en el párrafo del artículo 10 del referido Decreto 1791, se señaló que “*El personal de Suboficiales y de Agentes ... se someterán al régimen salarial y prestacional establecido para la carrera del Nivel Ejecutivo*”.

En ese sentido, tal como lo señaló la H. Corte Constitucional en la sentencia C- 691 del 12 de agosto de 2003<sup>1</sup>, al momento de estudiar la constitucionalidad del referido párrafo, los Suboficiales y Agentes que voluntariamente ingresen al Nivel Ejecutivo, esto es, el personal homologado, al tener un cambio de un nivel jerárquico a otro, se someten a las condiciones de remuneración establecidas para dicho personal, en las mismas circunstancias que los miembros de **incorporación directa**.

## **5.5. CASO CONCRETO.**

En el caso que nos ocupa el señor Abel Bucuru Onatra pretende que se ordene a la entidad demandada que le reliquide el subsidio familiar que

---

<sup>1</sup> Sentencia C-691 de 2003, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández Referencia, expediente D-4447, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 10 (parcial) del Decreto 1791 de 2000, "por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional", demandante: Luis Eduardo Castro Galindo.

devengaba en actividad, en un 30% del salario básico, correspondiente a su esposa, Esperanza Vargas Quiroga y en un 5%, por concepto de su hija, Leidy Lorena Bucuru Vargas, de conformidad con lo dispuesto en los Decretos 1212 de 1990 “Por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional” y 1213 de 1990 “Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Agentes de la Policía Nacional”, efecto para el cual, solicita se inapliquen por vía de excepción de inconstitucionalidad los artículos 15 y 16 del Decreto 1091 de 1995 “por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995”, así como los decretos que establecen la cuantía en que se reconoce dicha prestación. Ahora bien, de la hoja de servicios del demandante que obra en el plenario, se advierte que laboró en la Policía Nacional, siendo retirado del servicio por solicitud propia y en el acápite de “**IV SERVICIOS PRESTADOS Y DEDUCCIONES**”, se consignó:

<b>NOVEDAD</b>	<b>FECHA INICIO</b>	<b>FECHA TERMINO</b>	<b>TOTAL A M D</b>
<b>ALUMNO DEL NIVEL EJECUTIVO</b>	4/08/1997	30/07/1998	00/11/26
<b>NIVEL EJECUTIVO</b>	31/07/1998	11/02/2019	20/06/10
<b>ALTA TRES MESES</b>	11 de febrero de 2019	11 de mayo de 2019	0-3-0
<b>DIFERENCIA AÑO LABORAL RAL DECRETO 1091 DEL 27 DE JUNIO DE 1995</b>			0-3-24
<b>TOTAL TIEMPO</b>			<b>22-1-1</b>

En ese sentido, se desprende que el actor ingresó a la Policía Nacional el 4 de agosto de 1997, como alumno, **incorporándose directamente al Nivel Ejecutivo** desde el 31 de julio de 1998 al 11 de febrero de 2019 y dado de alta por tres meses hasta el 11 de mayo de 2019.

Así las cosas, el actor se sometió al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre tales aspectos expidió el Gobierno Nacional, que para el caso bajo estudio comprende el Decreto 1091 del 27 de junio de 1995, normatividad que contempla con claridad el reconocimiento y pago del subsidio familiar para el personal en servicio activo, en proporción al número de personas que tenga a su cargo.

Ahora bien, pese a que el artículo 16 de dicha disposición no contempló un porcentaje para el reconocimiento del subsidio por cada miembro de la familia que dependa económicamente del personal del Nivel Ejecutivo, lo cierto es que señaló que el Gobierno Nacional determinará la cuantía en que será remunerada la prestación, razón por la cual, a través de los decretos que anualmente se expiden, se establece el monto que debe ser cancelado por este concepto.

En este sentido, se encuentra acreditado que el demandante contrajo matrimonio con la señora Esperanza Vargas Quiroga el 25 de agosto de 2012, tal como se desprende del registro Civil de Matrimonio con indicativo serial No. 5787697 que obra en el expediente; igualmente, está demostrado que de dicho vínculo nació Leidy Lorena Bucuru Vargas, el 14 de febrero de 2009, según lo contenido en el Registro Civil de Nacimiento No. 41977421.

Así mismo, de la hoja de servicios expedida por el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, se advierte que al actor se le reconoció mensualmente el “*SUBSIDIO FAMILIAR NIVEL EJECUTIVO*”, por la suma de \$31.319,00 pesos m/te., valor que obedece a lo preceptuado en el artículo 28 del Decreto 324 de 2018. Por consiguiente, se observa que dicha entidad aplicó al demandante el régimen previsto para el personal del Nivel Ejecutivo, que no es otro, que el contemplado en el artículo 16 del Decreto 1091 de 1995, reconociendo el subsidio familiar, en los montos que anualmente regulaba el Gobierno Nacional y, en consecuencia, no le asiste

el derecho al pago del subsidio familiar en los porcentajes deprecados, toda vez que estos no se encuentran reconocidos para el personal del Nivel Ejecutivo.

Ahora bien, afirma el apoderado del actor que dicha prestación la devengan los demás miembros de las fuerzas militares, Policía Nacional y empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional en porcentajes superiores a los dispuestos para los miembros del Nivel Ejecutivo, circunstancia que conlleva a una evidente y clara vulneración del principio de igualdad.

Sobre el particular, el artículo 13 de la Constitución Política establece que *“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”* y, a su vez, el artículo 53 señaló que la remuneración mínima vital y móvil, será proporcional a la cantidad y calidad de trabajo y, en ese sentido, en materia laboral no es posible otorgar el mismo trato a quienes no se encuentren en situaciones semejantes.

Ahora bien, en desarrollo de la Ley 4 de 1992, el Gobierno Nacional fijó el régimen prestacional de la Fuerza Pública, efecto para el cual realizó una ponderación respecto al grado de responsabilidad, las funciones que desempeñan, la experiencia y requisitos exigidos para ejercer cada grado en la Institución, distinción que no se torna arbitraria o caprichosos, pues se trata de un cuerpo jerarquizado donde se exigen calidades y requisitos acordes con la carrera oficial, lo que justifica una distinción salarial, aspecto que ha sido objeto de múltiples pronunciamientos en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Sobre el particular, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, C. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en sentencia del 25 de noviembre de 2019, dentro de los expedientes acumulados Nos. 110010325000201400186-00 (0444-2014) y 110010325000201401554-00 (5008-2014), al estudiar la demanda de nulidad contra los artículos 7, 15 y 49 del **Decreto 1091 de 1995**, respecto a la diferenciación realizada por el legislador en cuanto al personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares frente a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la

Policía Nacional y a los empleados públicos del Ministerio de Defensa<sup>2</sup>, indicó:

“(…)

96. En el mismo sentido, la Sección Segunda de esta Corporación mediante la Sentencia de Unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019[131], al estudiar un caso de similar naturaleza, en el que se buscaba ubicar en un plano de igualdad fáctica a los soldados profesionales, a los oficiales y suboficiales del Ejército frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, bajo el argumento de que ambos son miembros de las Fuerzas Militares. La Sala de decisión indicó que a los soldados profesionales que causaran su derecho a la prestación periódica a partir de julio de 2014, se les incluiría el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, mientras que quienes adquirieron el derecho previamente, no les asiste derecho a su cómputo, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal[132].

97. Por ende, la diferencia de trato se encontraba justificada, debido a que la norma superior no elimina la posibilidad de que **«el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales»**, como en este caso lo era el hecho de que la asignación de retiro no abarcó desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que finalmente llegaron a conformarla, sin que ello desconociera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que lograran consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.

**98. Es así como para el caso objeto de estudio, el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional fue creado por la Ley 180 de 1995[133] como un nuevo nivel en la institución, diferente al de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, con un sistema de ingreso y ascenso, así como unas funciones, responsabilidades y régimen salarial y prestacional propios; a diferencia del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que, a la fecha de creación de este nuevo nivel, se regían por el Decreto 1212 de 1990,[134] posteriormente derogado por el Decreto 41 de 1994.[135]**

**99. En tal sentido, es incongruente con un verdadero estatuto de carrera que el personal del Nivel Ejecutivo, que está en una categoría inferior a la de los suboficiales, tenga un régimen salarial más benéfico que quienes se encuentran en el grado inmediatamente superior. Lo lógico es que el personal que ocupe los cargos más elevados, inclusive el más alto de la institución, reúna los requisitos académicos y de experiencia exigidos por el ordenamiento jurídico.**

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 25 de noviembre de 2019, Expedientes: 110010325000201400186-00 (0444-2014) y 110010325000201401554-00 (5008-2014), demandantes: Juan Carlos Coronel García, Hans Alexander Villalobos Díaz y Roberto Barrera González y demandadas: Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público / Ministerio de Defensa Nacional

*100. De lo expuesto, se concluye que en esta oportunidad no se cumple con el primer presupuesto del test de igualdad, esto es, que los supuestos de hecho sean susceptibles de compararse. Por lo tanto, ante regímenes tan disímiles no es procedente continuar con el estudio de las demás etapas del mencionado test, ya que para la prosperidad de un juicio de igualdad se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y funcionalmente sean equiparables, a fin de establecer «qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo divergente que exige, por consiguiente, un trato diferenciado» **[136]**». (Negrita y subrayado del Despacho).*

Bajo el criterio jurisprudencial expuesto, no le asiste razón a la parte demandante, al afirmar que existe un trato injustificado entre los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares, de la Policía Nacional y Agentes frente al personal del Nivel Ejecutivo, puesto que para fijar la remuneración de estos se deben tener en cuenta las funciones y responsabilidades que cada uno desarrolla, pues se encuentran situaciones disímiles que deben tener un tratamiento diferente para que se cumpla la igualdad real y, en esa medida, no constituye una discriminación sino una diferenciación justificada y razonable.

Aunado a lo anterior, no se puede pasar por alto que si el actor se encuentra inconforme con el contenido de los decretos anuales que fija el Gobierno Nacional para establecer la cuantía del subsidio familiar de los miembros del nivel ejecutivo y considera que quebrantan la Constitución Política o la ley, puede hacer uso del medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 del C. P. A. C. A.

Así las cosas, este Despacho deberá abstenerse de inaplicar por vía de excepción las normas citadas en la demanda y denegará el reajuste del subsidio familiar deprecado por el actor, por cuanto no se ha demostrado que efectivamente se haya presentado un trato distinto a sujetos semejantes, ya que la igualdad reclamada no puede considerarse simplemente del hecho que los miembros del Nivel Ejecutivo como los Oficiales, Suboficiales y Agentes sean parte de la Fuerzas Militares y de la Policía, toda vez que, como se estableció, sus funciones son distintas y, por ende, las prestaciones a las que tienen derecho se determinan por regímenes propios y, en tal virtud, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo demandado.

### 5.7. COSTAS.

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte 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 BOGOTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: DENEGAR** las súplicas de la demanda conforme a las razones referidas en esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas a cargo de la parte actora.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la parte 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 N°32 de hoy 12 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: **084418276d653d3741bf92cf99048f9f488bbdef1e9702c1514af539fc95043**

Documento generado en 10/11/2021 03:09:53 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., once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-2021-00102-00  
**Demandante: NATALIA LINA GALLO MANRIQUE**  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO  
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **NATALIA LINA GALLO MANRIQUE**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.426.560, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1 PRETENSIONES**

**(i)** Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 18 de marzo de 2020, frente a la petición elevada el 18 de diciembre 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 ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

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

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

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

## **1.2. HECHOS**

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

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

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

**1.2.3.** Que por laborar como docente en los servicios educativos estatales, la actora le solicitó al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 20 de marzo de 2018, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

**1.2.4.** Que por medio de la Resolución No. 6876 del 31 de julio de 2018, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 6 de noviembre 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° 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 20 de marzo de 2018, siendo el plazo para pagarla el día 5 de julio de 2018, pero se realizó el pago el 6 de noviembre de 2018, por lo que trascurrieron 124 días de mora

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

**1.2.7.** Que el 18 de diciembre 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 los 70 días.

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

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

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

### **III. CONTESTACION**

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **14 de julio de 2021**, allegado vía correo electrónico se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las siguientes excepciones:

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

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

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

#### **IV. ALEGATOS**

##### **4.1 Parte demandante**

La apoderada de la parte actora mediante escrito allegado el **26 de octubre 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. 20211183343901 del 20 de octubre 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 **55** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

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

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

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

#### **4.3. Ministerio Público.**

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

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:**

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

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

## **5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:**

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

**5.2.1.** Resolución No. 6876 del 31 de julio de 2018, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 20 de marzo de 2018.

**5.2.2.** Derecho de petición radicado bajo el No. E-2019-194285 del 18 de diciembre 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 6 de noviembre de 2018, por reprogramación.

**5.2.4.** Certificado expedido por la Fiduciaria la Previsora S.A. en el que consta que las cesantías parciales fueron consignadas a la actora el 30 de agosto de 2018.

**5.2.5.** Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 11 de agosto de 2020, en la Procuraduría 85 Judicial I para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se señaló en la providencia proferida el 14 de octubre de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el 18 de diciembre 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.

### **5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.**

La apoderada de la parte actora depreca la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la Administración frente a la petición formulada por la demandante el 18 de diciembre 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 18 de diciembre 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 petitionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley”. (Negrillas del Despacho)*

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

*PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías **definitivas o parciales** de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.” (Negrillas fuera del texto original)*

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

Se observa así mismo que las normas no contemplan ninguna excepción a la aplicación de la sanción y, en tal virtud, cobijan a los servidores

públicos de todos los órdenes, dentro de los que se encuentran los docentes, calidad que ostenta la demandante.

#### **5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.**

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017<sup>1</sup>, 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*

<sup>1</sup> 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.

## **5.5. 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 Natalia Lina Gallo Manrique 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 REPÚBLICA DE MÉXICO, 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. 6876 del 31 de julio de 2018, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **20 de marzo 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 **12 de abril de 2018**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **31 de julio de 2018**, 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 **21 de marzo de 2018**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **5 de julio de 2018**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **30 de agosto de 2018**, como consta en la certificación expedida por la Fiduciaria la Previsora S.A., incurriéndose en mora desde el **5 de julio de 2018 hasta el 29 de agosto de 2018**.

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 6 de noviembre de 2018, por reprogramación, 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 Natalia Lina Gallo Manrique, el valor de las cesantías parciales que le fueron reconocidas, ya que la falta de

diligencia en el cobro por parte de aquella, no puede ser utilizada en contra de la Administración y, en su beneficio.

### **5.5.3. Salario base de liquidación.**

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

Así, para las cesantías parciales será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades.

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

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

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de la entidad empleadora comprende una anualidad (**5 de julio de 2018 al 29 de agosto de 2018**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de julio y agosto de 2018.

### **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**<sup>2</sup>, 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

---

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

condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.”, debido a que había lugar a varias interpretaciones, señalando sobre el particular:

“(..)

*No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que ‘(..) Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.(..),’ porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1)si hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2)quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3)aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.*

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

*(..)”.*

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

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **31 de agosto 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 la actora el 18 de diciembre 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 parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **5 de julio de 2018 y el 29 de agosto de 2018**.

El valor del salario es el vigente para los meses julio y agosto de 2018, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

## **5.6. PRESCRIPCIÓN**

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*<sup>3</sup>; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*<sup>4</sup>; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral<sup>5</sup>.

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

<sup>3</sup> **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.

<sup>4</sup> **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.

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

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía parcial, se hizo exigible a partir del **5 de julio de 2018** y la señora Natalia Lina Gallo Manrique formuló reclamación administrativa el **18 de diciembre de 2019** en tanto la demanda se presentó el **16 de abril de 2021**, 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 **18 de diciembre de 2019**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2019-194285.

**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-2019-194285 del **18 de diciembre 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 parciales.

**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **NATALIA LINA GALLO MANRIQUE**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.426.560, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **5 de julio de 2018 y el 29 de agosto de 2018**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para los meses de julio y agosto de 2018, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

**CUARTO:** La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **31 de agosto de 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 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 032 de hoy 12 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:

**47be037f5952e50311a95539d5f90288cbef38a355e526f7944dcca72ecd9f**

**18**

Documento generado en 05/11/2021 02:49:02 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., once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-2021-00104-00  
**Demandante:** **YOHANNA PAOLA DE LA HORTÚA QUINTERO**  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO  
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **YOHANNA PAOLA DE LA HORTÚA QUINTERO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 35.197.260, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1 PRETENSIONES**

**(i)** Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 18 de septiembre de 2020, frente a la petición elevada el 18 de junio de 2020, por medio de la cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías.

**(ii)** Declarar que la actora tiene derecho a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de

2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que le hicieron efectivo el pago.

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

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

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

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

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

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

## **1.2. HECHOS**

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

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

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

**1.2.3.** Que por laborar como docente en los servicios educativos estatales, la actora le solicitó al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 13 de abril de 2018, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

**1.2.4.** Que por medio de la Resolución No. 6882 del 31 de julio de 2018, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 27 de septiembre 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° 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 13 de abril de 2018, siendo el plazo para pagarla el día 30 de julio de 2018, pero se realizó el pago el 27 de septiembre de 2018, por lo que trascurrieron 59 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelarla hasta el momento en que se efectuó el pago.

**1.2.7.** Que el 18 de junio de 2020, 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 los 70 días.

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

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

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

### **III. CONTESTACION**

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **29 de junio de 2021**, allegado vía correo electrónico se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las siguientes excepciones:

**(i) Improcedencia de la indexación de la sanción moratoria:** Señaló que de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, la indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, aquellas que deben satisfacer

mediante el pago de una cantidad determinada entre las que se cuentan, las de índole laboral, en la medida que el fenómeno inflacionario produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda; sin embargo, en cuanto refiere a la sanción moratoria generada por el pago tardío de las cesantías, dicha indexación no es procedente.

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

#### **IV. ALEGATOS**

##### **4.1 Parte demandante**

La apoderada de la parte actora mediante escrito allegado el **4 de octubre 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. 20211182944561 del 3 de octubre 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 **58** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

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

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

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

#### **4.3. Ministerio Público.**

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

## **V. CONSIDERACIONES**

### **5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:**

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

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

### **5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:**

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

**5.2.1.** Resolución No. 6882 del 31 de julio de 2018, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 13 de abril de 2018.

**5.2.2.** Derecho de petición radicado bajo el No. E-2020-66412 del 18 de junio de 2020, dirigido al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías.

**5.2.3.** Desprendible de pago expedido por el Banco BBVA en el que consta que las cesantías parciales de la actora fueron canceladas el 27 de septiembre de 2018.

**5.2.4.** Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 16 de enero de 2020, en la Procuraduría 5° Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se señaló en la providencia proferida el 23 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 18 de junio de 2020 ii) si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamada por la actora.

### **5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.**

La apoderada de la parte actora depreca la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la Administración frente a la petición formulada por la demandante el 18 de junio de 2020, mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 18 de junio de 2020, 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 2017<sup>1</sup>, 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*

<sup>1</sup> 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.

## **5.5. 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 Yohanna Paola de la Hortua Quintero 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 EL MINUTO DE BUENOS AIRES, 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. 6882 del 31 de julio de 2018, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **13 de abril 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 **7 de mayo de 2018**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **31 de julio de 2018**, 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 **16 de abril de 2018**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **27 de julio de 2018**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **27 de septiembre de 2018**, como consta en el desprendible de pago expedido por el Banco BBVA, incurriéndose en mora desde el **30 de julio de 2018 hasta 26 de septiembre de 2018**.

### **5.5.3. Salario base de liquidación.**

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

Así, para las cesantías parciales será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades.

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

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

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de la entidad empleadora comprende una anualidad (**30 de julio de 2018 al 26 de septiembre de 2018**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de julio a septiembre de 2018.

#### **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**<sup>2</sup>, 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

---

<sup>2</sup> 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.

*para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.*

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

*(...)”.*

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

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **28 de septiembre 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 la actora el 18 de junio de 2020, al encontrarse incurso en causal de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **30 de julio de 2018 y el 26 de septiembre de 2018.**

El valor del salario es el vigente para los meses julio a septiembre de 2018, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

## 5.6. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*<sup>3</sup>; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*<sup>4</sup>; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral<sup>5</sup>.

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

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía parcial, se hizo exigible a partir del **30 de julio de 2018** y la señora Yohanna Paola de la Hortúa Quintero formuló reclamación administrativa el **18 de junio de 2020** en tanto la demanda se presentó el **19 de abril de 2021**, 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,

<sup>3</sup> **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.

<sup>4</sup> **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.

<sup>5</sup> **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.

siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO:** Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta, respecto de la petición elevada el **18 de junio de 2020**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2020-66412.

**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-2020-66412 del **18 de junio de 2020**, a través de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías parciales.

**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **YOHANNA PAOLA DE LA HORTÚA QUINTERO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 35.197.260, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **30 de julio de 2018 y el 26 de septiembre de 2018**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para los meses de julio a septiembre de 2018, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

**CUARTO:** La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **28 de septiembre 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 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 032 de hoy 12 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:

**921870d8ba9614e753d7ac9879c167dfa0377f9e2b31922dd3b828ea65a56  
3de**

Documento generado en 08/11/2021 10:39:10 AM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-2021-00170-00  
**Demandante: YEYMMY ESMERALDA SUÁREZ RONCANCIO**  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO  
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **YEYMMY ESMERALDA SUÁREZ RONCANCIO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.032.381.235, 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 9 de diciembre de 2019, frente a la petición elevada el 9 de septiembre 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 14 de marzo de 2016, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

**1.2.4.** Que por medio de la Resolución No. 4868 del 27 de julio de 2016, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 28 de septiembre 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° 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 la actora solicitó la cesantía el 14 de marzo de 2016, siendo el plazo para pagarla el día 28 de junio de 2016, pero se realizó el pago el 28 de septiembre de 2016, por lo que trascurrieron 89 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 9 de septiembre 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 agosto 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 **14 de marzo de 2016**, razón por la cual el plazo para su reconocimiento y pago feneció el **28 de junio de 2016**, siendo cancelada el **28 de septiembre de 2016** configurándose un total de **91 días de mora**; sin embargo operó la prescripción de la acción, en la medida que la reclamación administrativa se presentó hasta el **9 de septiembre de 2016**, esto es, 3 años, 2 meses y 13 días, posteriores a la exigibilidad del derecho.

#### **IV. ALEGATOS**

##### **4.1 Parte demandante**

El apoderado de la parte actora mediante escrito allegado el **6 de octubre 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. 20211182944621 del 3 de octubre 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 **91** 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 9 de septiembre de 2019, es decir 3 años, 2 meses y 13 días, posterior a la exigibilidad del derecho, - 28 de junio de 2016-.

De otra parte, 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. 4868 del 27 de julio 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 14 de marzo de 2016.

**5.2.2.** Derecho de petición radicado bajo el No. E-2019-145105 del 9 de septiembre 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.** Extracto de intereses a las cesantías proferido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduciaria la Previsora S.A., en el que consta que el pago de las cesantías reconocidas a la actora a través de la Resolución No. 4868 del 27 de julio de 2016, se llevó a cabo el 28 de septiembre de 2016.

## **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 9 de septiembre 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, establecerá el Despacho si se configuró el fenómeno prescriptivo alegado por la apoderada de la parte demandada.

#### **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 9 de septiembre 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 9 de septiembre de 2019, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a cuyo tenor:

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

*(...)”.*

##### **5.4.1. 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.” (Negritas fuera del texto original)*

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

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

#### **5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.**

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017<sup>1</sup>, 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*

<sup>1</sup> 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.

sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **5.5. CASO CONCRETO.**

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

### **5.5.1. Categoría de servidora pública de la actora.**

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

En ese sentido, señala que “...a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos, siendo consonante esta posición con la adoptada por la Corte Constitucional...”.

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora YEYMMY ESMERALDA SUÁREZ RONCANCIO 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 (SGP) COLEGIO ALFONSO REYES ECHANDÍA, 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. 4868 del 27 de julio de 2016, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **14 de**

**marzo 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 **7 de abril de 2016**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **27 de julio 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 **15 de marzo 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 **28 de junio de 2016**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **28 de septiembre de 2016**, 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 desde el **28 de junio de 2016 hasta el 27 de septiembre de 2016**.

### **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**<sup>2</sup>, 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

---

<sup>2</sup> 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.”, 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.*

(…)”.

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.

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 emanan 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 2010<sup>3</sup>, sobre el fenómeno prescriptivo, advirtió:

“(…)

**Prescripción de Derechos**

---

<sup>3</sup> 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).

*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 YEYMMY ESMERALDA SUÁREZ RONCANCIO, 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 Bogotá el **14 de marzo de 2016** y que el pago debió realizarse a más tardar el **28 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 **28 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 **9 de septiembre 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.

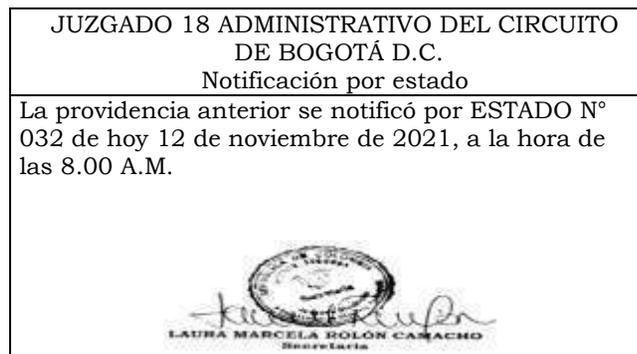
**SEGUNDO: DENEGAR** las súplicas de la demanda conforme a la parte motiva de esta sentencia.

**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:

**ac49ac4f38ecb9b31ec005880165dc8e9dcfdb9b8f74abc58f745c2b40fe30f6**

Documento generado en 08/11/2021 10:11:11 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:**

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