



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

Bogotá D. C., veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-2020-00053-00
Demandante: LUCIA DEL PILAR RUÍZ PRIETO
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **LUCIA DEL PILAR RUÍZ PRIETO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.717.116, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 28 de septiembre de 2019, frente a la petición elevada el 28 de junio de 2019, por medio de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías.

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

- i) Declarar 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) Reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios que se causen a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia que se profiera en el proceso, hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria reclamada.

iii) Dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

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

1.2. HECHOS

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

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

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

1.2.3. Que por laborar como docente en los servicios educativos estatales, la actora le solicitó al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 11 de febrero de 2016, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Que por medio de la Resolución No. 4420 del 8 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° 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 11 de febrero de 2016, siendo el plazo para pagarla el día 25 de mayo de 2016, pero se realizó el 28 de septiembre de 2016, por lo que trascurrieron 122 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 28 de junio de 2019, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

1.2.8. Una vez presentada la reclamación administrativa trascurrieron más de tres meses, sin que la entidad diera respuesta, configurándose el acto ficto o presunto negativo de que trata el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

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

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

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

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

Agrega que el espíritu de la Ley 1071 de 2006, al establecer los términos perentorios 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 10 días, a los 60 días que contempla la ley señalada anteriormente, con el objeto de agotar el procedimiento de reconocimiento y pago de la cesantía, obedece a la necesidad de contabilizar el término necesario para que el acto administrativo que reconoció la prestación quede debidamente ejecutoriado conforme lo establece la ley.

III. CONTESTACION

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **14 de abril de 2021**, allegado vía correo electrónico el mismo día, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso 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 **11 de febrero de 2016**, razón por la cual el plazo para su reconocimiento y

pago feneció el **25 de mayo de dicha anualidad**, siendo cancelada el **28 de septiembre de 2016**, configurándose un total de **125 días de mora**. No obstante afirma, que si desconocer dicho derecho, es claro que operó la prescripción de la acción, en la medida que la reclamación administrativa se presentó hasta el **28 de junio de 2019**, esto es, 3 años, 1 mes y 4 días posteriores a la exigibilidad del derecho.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte Demandante

El apoderado de la parte actora mediante escrito allegado el **22 de septiembre de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso: i) la calidad de docente de la demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías, iii) el acto mediante el cual se reconoció la cesantía definitiva, iv) la fecha en que se le canceló la prestación reconocida y v) la mora en el pago de la prestación.

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

4.2. Parte demandada

La apoderada de la entidad demandada, a través de memorial radicado bajo el No. **20211182522591 del 21 de septiembre de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico el mismo día, señaló que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en 125 días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante. No obstante, reitera que

en el presente caso operó el fenómeno jurídico de la prescripción, tal como se consignó en la contestación de la demanda.

Precisó que la indexación de la sanción moratoria, de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, 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.

4.3. Ministerio Público

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

V. CONSIDERACIONES

5.1. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.1.1. Resolución No. 4420 del 8 de julio de 2016, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva al demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 11 de febrero de 2016 (fls. 13 a 15).

5.1.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2019-107760 del 28 de junio de 2019, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través del cual la actora deprecó el reconocimiento y pago de la sanción por mora (fls. 14 a 15).

5.1.3. Extracto de intereses a las cesantías de la demandante, expedido por la Fiduprevisora S. A., en el que consta que el **28 de septiembre de 2016**, se realizó el pago ordenado en la Resolución No. 4420 del 8 de julio de 2016 (fl. 16).

5.1.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 9 de diciembre de 2019, en la Procuraduría 131 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida (fl. 17 a 19).

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en la providencia proferida el 9 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 28 de junio de 2019, ii) si esta tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no a la indexación frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamadas.

Igualmente, el Despacho determinará si se configuró el fenómeno prescriptivo, pese a que en la referida providencia no se hizo alusión a dicho aspecto.

5.3. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado de la parte actora depreca la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por la demandante el 28 de junio de 2019 (fls. 10 y 11), 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 28 de junio de 2019 (fls. 10 y 11), tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

(...)”.

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

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

Así, el artículo 1° consagra que *“Dentro de los quince (15) días hábiles*

siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley”.

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

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, *“Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”* estableció en su artículo 4° que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías **definitivas o parciales**, por parte de los 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 2017¹, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías. Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca

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

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 Lucia del Pilar Ruíz Prieto, ostentó la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía definitiva, prestaba sus servicios como docente de vinculación Distrital- Sistema General de Participaciones (fl. 13), 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. 4420 del 8 de julio de 2016 (fl. 13), la demandante solicitó el pago de sus cesantías definitivas el **11 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 **3 de marzo del mismo año**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **8 de julio de 2016**, esto es, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **12 de febrero de 2016**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías definitivas debió realizarse a más tardar el **25 de mayo de dicho año**, 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 la Fiduciaria la Previsora S. A., incurriéndose en mora del **25 de mayo de 2016 al 27 de septiembre de la misma anualidad**.

5.5.3. Salario base de liquidación.

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)”.

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

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

“(...)

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que ‘(...) Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.(...)’, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1)si hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2)quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3)aqueellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad liquida 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.

5.6. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará la excepción de prescripción, 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”, indicó:

“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”.

Por su parte, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, señaló:

*“Art. 102.- Prescripción de acciones.
1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”*

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

“ARTICULO 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 {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”.*

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

“(…)

Prescripción de Derechos

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

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

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 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 Lucia Del Pilar Ruíz Prieto, se encuentra debidamente acreditado que presentó la petición de liquidación de sus cesantías definitivas ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación de Bogotá, el 11 de febrero de 2016 y que el pago debió realizarse a más tardar el **25 de mayo 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 años para deprecar el derecho reclamado ante la entidad demandada, esto es, hasta el **mismo día y mes del año 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 **28 de junio de 2019**, superado el término de tres (3) años que dispone la norma para que opere el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho, razón por la cual, debe declararse probada la referida excepción y, en consecuencia, se denegarán 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.

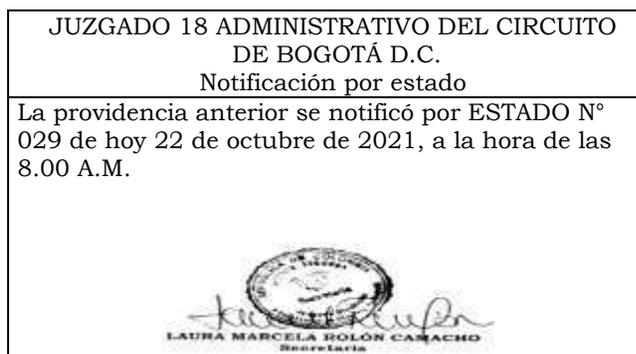
SEGUNDO: DENEGAR las súplicas de la demanda conforme a lo expuesto en la presente providencia.

TERCERO: Sin condena en 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:

5e608c278f7a9ffae872c25e72082c2fcd6dea12d11ac1edb400b1e9752d97c

8

Documento generado en 18/10/2021 08:58:51 a. m.

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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



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

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2020-00057-00**
Demandante: CRISTIAN CAMILO LADINO MARÍN
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

El señor **CRISTIAN CAMILO LADINO MARÍN**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.015.403.195, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

1.1.1. Pretende el demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 24 de agosto de 2019, frente a la petición elevada el 24 de mayo de la misma anualidad, por medio de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías.

1.1.2. Declarar que el actor tiene derecho a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados

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

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

1.1.3. Reconocer y pagar la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que le hicieron efectivo el pago.

1.1.4. Reconocer y pagar al demandante los intereses moratorios que se causen a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia que se profiera en el proceso, hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria reclamada.

1.1.5. Dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

1.1.6. Condenar en costas a la parte demandada conforme con lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A. y el C. G. del P.

1.2. HECHOS

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

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

1.2.2. Que el parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

Magisterio, el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

1.2.3. Que por laborar como docente en los servicios educativos estatales, el actor le solicitó al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 1 de julio de 2016, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Que por medio de la Resolución No. 8712 del 5 de diciembre de 2016, le fueron reconocidas las cesantías al actor, las cuales fueron canceladas el “27 de julio de 2017”, por intermedio de entidad bancaria.

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

1.2.6. Que el actor solicitó la cesantía el 1 de julio de 2016, siendo el plazo para pagarla el día 12 de octubre de la misma anualidad, pero se realizó el “27 de julio de 2017”, por lo que trascurrieron 119 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 24 de mayo de 2019, el actor solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

1.2.8. Que una vez presentada la reclamación administrativa trascurrieron más de tres meses, sin que la entidad diera respuesta, configurándose el acto ficto o presunto negativo de que trata el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

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

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

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

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

Agrega que el espíritu de la Ley 1071 de 2006, al establecer un término perentorio para el reconocimiento y pago de la cesantía, está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 70 días después de haber realizado la petición, haciéndose el Fondo Prestacional del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

Aduce que la contabilización adicional de los 10 días, a los 60 días que contempla la ley señalada anteriormente, con el objeto de agotar el procedimiento de reconocimiento y pago de la cesantía, obedece a la necesidad de contabilizar el término necesario para que el acto administrativo que reconoció la prestación quede debidamente ejecutoriado conforme lo establece la ley.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **5 de abril de 2021**, radicado vía correo electrónico, el mismo día, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las siguientes excepciones:

3.1. Improcedencia de la indexación de la sanción moratoria:

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

3.2. Improcedencia de la condena en costas: Manifestó que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso, solo habrá

lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte Demandante

El apoderado de la parte actora, a través de escrito allegado el **23 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 del demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías definitivas, iii) el acto mediante el cual se reconoció la cesantía definitiva, iv) la fecha en que se le canceló la prestación reconocida y v) la mora en el pago de la prestación.

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

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el No. **20211182520811 del 21 de septiembre de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico, el mismo día, señaló que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en **137** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por el demandante.

No obstante lo anterior, solicita no acceder a la indexación de la sanción moratoria, de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, jurisprudencia que determinó que la indexación tiene su fundamento en el fenómeno económico derivado del

proceso de la depreciación de la moneda, mientras que la sanción moratoria nace como penalidad por el pago tardío de las cesantías, concluyendo que la indexación de la sanción moratoria no es procedente de ninguna forma, al no satisfacer las características propias de la depreciación de la moneda y al tener un origen y una finalidad diferente la generación de la sanción mora por pago tardío de las cesantías, de allí que determinó la incompatibilidad de las dos figuras, toda vez que de no ser así se constituiría en una doble sanción para la administración, haciendo más gravosa la situación de la entidad.

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

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

4.3. Ministerio Público.

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

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:

Frente a la excepción de **improcedencia de la indexación de la sanción moratoria**, este Despacho considera que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda, sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna

manera impiden al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

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

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.2.1. Resolución No. 8712 del 5 de diciembre de 2016, mediante la cual la Secretaría de Educación del Distrito reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva al demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 1 de julio de 2016.

5.2.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2019-88332 del 24 de mayo de 2019, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual el actor deprecó el reconocimiento y pago de la sanción por mora.

5.2.3. Certificación expedida por la Fiduprevisora S. A., donde hace constar que el pago de las cesantías definitivas quedó a disposición del demandante, a partir del 27 de febrero de 2017, el cual no fue cobrado, razón por la cual, se programó nuevamente para el 10 de mayo de la misma anualidad.

5.2.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo ante la Procuraduría 125 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por el demandante el 24 de mayo 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 reclamada por el actor.

5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado de la parte actora deprecia la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por el demandante el **24 de mayo 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 24 de mayo de 2019, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

(...)”.

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

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

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

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

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, *“Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”* estableció en su artículo 4° que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías **definitivas o parciales**, por parte de los petitionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley”*. (Negrillas del Despacho)

A su vez, el artículo 5° estableció **“MORA EN EL PAGO.** *La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor*

público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

*PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías **definitivas o parciales** de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.” (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 el demandante.

5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

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

“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías. Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca

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

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 servidor público del actor.

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

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

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que el señor Cristian Camilo Ladino Marín, ostentó la calidad de docente vinculado a la Secretaría de Educación del Distrito y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía definitiva, prestaba sus servicios como docente de vinculación Distrital- SGP, calidad que le otorga la condición de servidor público y, por ende, es destinatario de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.5.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

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

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 8712 del 5 de diciembre de 2016, el demandante solicitó el pago de sus cesantías definitivas el **1 de julio 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 **26 de julio del mismo año**; sin embargo, la resolución de

reconocimiento fue expedida el **5 de diciembre de 2016**, esto es, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **5 de julio de 2016**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías definitivas debió realizarse a más tardar el **12 de octubre 2016**, suma quedó a disposición del actor desde el **27 de febrero de 2017**, como consta en el oficio expedido por la Fiduprevisora S.A., incurriéndose en mora desde el **12 de octubre de 2016 hasta el 26 de febrero de 2017**.

Al respecto, es menester aclarar que, si bien la parte demandante alude que el pago de la cesantía definitiva del actor se realizó el 27 de julio de 2017, lo cierto es que, según el oficio citado precedentemente, dicho pago quedó a *“disposición el 27 de Febrero de 2017 el cual no fue cobrado y se reprogramó nuevamente el 10 de Mayo de 2017”*, razón por la cual, lo procedente es tomar el 27 de febrero de 2017, para efectos de determinar el día en que cesó la mora deprecada en la presente controversia.

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. 8712 del 5 de diciembre de 2016, que el actor se desvinculó del servicio a partir del **2 de febrero de 2016**, razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por el actor en dicha fecha.

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)”.

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

“(...

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que ‘(...) Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.(...)’, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) si hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

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

(...)”.

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

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

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

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por el señor Cristian Camilo Ladino Marín el 24 de mayo 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 párrafo 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 **12 de octubre de 2016 y el 26 de febrero de 2017**.

El valor del salario es el vigente para el **2 de febrero de 2016**, fecha de retiro del servicio, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por el actor en dicho mes y año.

5.6. PRESCRIPCIÓN

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

*integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales*³; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*⁴; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁵.

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

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía definitiva, se hizo exigible a partir del **12 de octubre de 2016** y el señor Cristian Camilo Ladino Marín formuló reclamación administrativa el **24 de mayo de 2019**, en tanto la demanda se presentó el **5 de marzo de 2020**, de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.7. COSTAS

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

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

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

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

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

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

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 **24 de mayo de 2019**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2019-88332.

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-2019-88332 del 24 de mayo de 2019**, a través de la cual el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías definitivas.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer al señor **CRISTIAN CAMILO LADINO MARÍN**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.015.403.195, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías definitiva, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **12 de octubre de 2016 y el 26 de febrero de 2017**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para el **2 de febrero de 2016**, fecha de retiro del servicio, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por el actor en dicho mes y año.

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

QUINTO: Sin condena en costas a cargo del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

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

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

Notifíquese y cúmplase

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 029, de hoy 22 de octubre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO SECRETARÍA

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

**c4d26bd19a08edd8769ef1b92b75af503496505d4cee8ad0fa5f8c651629dd
Of**

Documento generado en 18/10/2021 10:51:33 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., veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2020-00277-00**
Demandante: RUBY ESPERANZA BORRAY LATORRE
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **RUBY ESPERANZA BORRAY LATORRE**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.527.205, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

1.1.1. Pretende 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2. HECHOS

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

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

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

1.2.3. Que por laborar como docente en los servicios educativos estatales, la actora le solicitó al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 2 de agosto de 2018, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Que por medio de la Resolución No. 4302 del 17 de mayo de 2019, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el “18 DE NOVIEMBRE DE 2019”, 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 2 de agosto de 2018, siendo el plazo para pagarla el día 15 de noviembre de la misma anualidad, pero se realizó el “18 DE NOVIEMBRE DE 2019”, por lo que trascurrieron 368

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 65 días hábiles, después de haber radicado la solicitud.

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

Agrega que el espíritu de la Ley 1071 de 2006, al establecer un término perentorio para el reconocimiento y pago de la cesantía 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. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **19 de abril de 2021**, radicado vía correo electrónico, el mismo día, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las siguientes excepciones:

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.

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

Por su parte, la apoderada de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **23 de agosto de 2021**, recorrió 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 remitido el **23 de septiembre de la presente anualidad**, 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 a la actora 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.

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

4.2 Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211182522751 del 21 de septiembre de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico, el mismo día, señaló que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en **210** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

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

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

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

expuestos.

4.3. Ministerio Público

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

IV. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:

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

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

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.2.1. Resolución No. 4302 del 17 de mayo de 2019, 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 2 de agosto de 2018.

5.2.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2019-194280 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.

5.2.3. Desprendible del Banco BBVA, donde consta el pago de la cesantía por valor de \$22.464.000,00 m/cte.

5.2.4. Certificación expedida por la Fiduprevisora S. A., donde hace constar que el pago de las cesantías quedó a disposición de la demandante el 14 de junio de 2019.

5.2.5. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 28 de agosto de 2020, en la Procuraduría 83 Judicial I 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 actora 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 **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, 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 2017¹, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

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

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

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

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

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

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

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 Ruby Esperanza Borray Latorre 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 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. 4302 del 17 de mayo de 2019, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **2 de agosto 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 **27 de agosto de dicha anualidad**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **17 de mayo de 2019**, 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 **3 de agosto 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 **15 de noviembre de la referida anualidad**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **14 de junio de 2019**, como consta en el oficio expedido por la Fiduprevisora S. A., incurriéndose en mora desde el **15 de noviembre de 2018 hasta el 13 de junio de 2019**.

Al respecto, es menester aclarar que, si bien en el desprendible del Banco BBVA, en la Observación No. 2, se señala que el pago ingresó el

18 de noviembre de 2019 y que fue cobrado por la actora el 2 de diciembre de dicho año, 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 Ruby Esperanza Borray Latorre, el valor de las cesantías que le fueron reconocidas, en la entidad bancaria.

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 dos anualidades (**15 de noviembre de 2018 al 13 de junio 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 noviembre a diciembre de 2018 y de enero a junio 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**², dicha Corporación Judicial se ocupó de precisar la frase consignada en la sentencia arriba citada que indica “...Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la

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

condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.”, debido a que había lugar a varias interpretaciones, señalando sobre el particular:

“(…)

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que ‘(...) Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.(...)’, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1)si hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2)quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3)aqueellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

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

(…)”.

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

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C. P. A. C. A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **15 de junio de 2019** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 *ibídem*.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de

respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la 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 **15 de noviembre de 2018 y el 13 de junio de 2019**.

El valor del salario es el vigente para los meses de noviembre a diciembre de 2018 y de enero a junio de 2019, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y años.

5.6. PRESCRIPCIÓN

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

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

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

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

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

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

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía parcial, se hizo exigible a partir del **15 de noviembre de 2018** y la señora Ruby Esperanza Borray Latorre formuló reclamación administrativa el **18 de diciembre de 2019**, en tanto la demanda se presentó el **19 de octubre de 2020**, de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.7. COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta, respecto de la petición elevada el **18 de diciembre de 2019**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2019-194280.

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-2019-194280 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 **RUBY ESPERANZA BORRAY LATORRE**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.527.205, 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 **15 de noviembre de 2018 y el 13 de junio de 2019**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para los meses de noviembre a diciembre de 2018 y de enero a junio de 2019, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y años.

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **15 de junio de 2019 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin condena en costas a cargo del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

OCTAVO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto

en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 ibídem.

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

Notifíquese y cúmplase

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 029, de hoy 22 de octubre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CASACHO 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:

7f9b73d0aff4f84183647c175ca48f2dac10621d42603237f05ae72267dd36

5b

Documento generado en 18/10/2021 07:16:35 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., veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2020-00304**-00
Demandante: **ALVARO SÁNCHEZ MARTÍNEZ**
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP
Asunto: SENTENCIA

El señor **ALVARO SÁNCHEZ MARTÍNEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.396.201, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, correspondiendo dictar sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES.

1.1.1. Que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 002446 del 30 de enero de 2020 y SOP2020001006081, a través de las cuales la entidad demandada negó la reliquidación de la pensión al actor.

1.1.2. Que se declare que al demandante le asiste el derecho al reajuste y reliquidación de la prestación de forma anual, desde el año 1991 aplicando el IPC correspondiente.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de Restablecimiento del Derecho, se solicitó:

1.1.3. Que los conceptos dinerarios o la diferencia adeudada sea actualizada al momento del pago definitivo y se ordene el pago de intereses moratorios.

1.1.4. Pagar las agencias en derecho y las costas procesales.

1.2. HECHOS.

1.2.1. A través de la Resolución No. 19304 del 12 de marzo de 1993, la extinta Caja Nacional de Previsión Social le reconoció la pensión de jubilación al demandante, la cual no ha sido actualizada anualmente con base en el IPC, como tampoco se aplicaron las fórmulas ordenadas por la jurisprudencia, pues al momento del reconocimiento pensional, la mesada ascendía a 2.3 salarios mínimos legales mensuales y al día de hoy está en promedio del 1.3, salarios mínimos legales mensuales, causándose una pérdida exorbitante del poder adquisitivo.

1.2.2. Mediante escrito del 3 de octubre de 2019, se solicitó a la UGPP que reliquidara la prestación, petición que fue negada por las Resoluciones Nos. RDP 002446 del 30 de enero de 2020 y SOP2020001006081.

1.2.3. Por medio del Oficio No. 1420 del 28 de noviembre de 2019, la UGPP le informó al actor que la prestación se había ajustado, ya que se había evidenciado la aplicación del IPC errado, indicando que la mesada para el año 2019, debía ascender a la suma de \$1.526.677,10 m/cte., monto inferior a lo que corresponde para esa fecha y sin realizar modificación alguna, puesto que para el año 2019, la mesada pensional del actor era de \$1.339.973.00 m/cte.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante estima desconocidos los artículos 2, 6, 25, 53, 58 y 87 de la Constitución y la Ley 100 de 1993, estructurando el concepto de la violación de la siguiente forma:

Señaló que en el caso bajo estudio, se presenta una pérdida de poder adquisitivo abrupto, dado que la entidad demandada no aplicó de forma correcta las fórmulas expuestas por la Ley y por la jurisprudencia, para actualizar anualmente la mesada pensional del demandante.

Indicó que la indexación de la primera mesada pensional, deviene, a partir de una interpretación armónica de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, tal como se sentó en la sentencia C-862 de 2006, pues lo que se busca es que la prestación mantenga el poder adquisitivo y la liquidación corresponda al porcentaje del salario que devengaba en un momento histórico anterior.

Afirmó que en la aludida sentencia, se refirió que la indexación corresponde a un *“sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc.”*, por lo tanto, la actualización se debe realizar con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor –IPC- certificado por el DANE, por ser la constancia nacional del cambio de valor de la moneda, que al ser un hecho notorio no requiere de prueba y, por lo tanto, debe tenerse en cuenta la fórmula que se ocupó de realizar.

En ese sentido, sostuvo que en el ordenamiento jurídico se tiene el derecho a la actualización o indexación de la primera mesada, lo cual se traduce en que al momento de la liquidación de la pensión, el salario devengado en el último año de servicios se traiga a valor presente, de manera que, el porcentaje que efectivamente se otorgue en la prestación, no constituya una afrenta contra la equidad, por ser un monto devaluado.

III. CONTESTACIÓN

Mediante escrito allegado vía correo electrónico el **30 de abril de 2021**, el apoderado de la entidad demandada se manifestó frente a los hechos, se

opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso los siguientes medios exceptivos:

3.1. Inexistencia de la obligación: Señaló que las pretensiones de la demanda están orientadas a dos aspectos, el primero al reajuste de la pensión que le fue reconocida al demandante, con la inclusión de nuevos factores salariales, al cual no le asiste el derecho, en virtud de la normatividad y del precedente jurisprudencial que se ocupó de citar y, el segundo, frente a la reliquidación de la primera mesada pensional, ajuste que no tiene vocación de prosperidad, dado que la entidad aplicó correctamente el IPC.

Afirmó que el demandante no es beneficiario del Decreto 2108 de 1992, por medio del cual se reglamentó la Ley 06 de 1962, toda vez que, dicha disposición legal rige para las *“pensiones de jubilación del Sector Público del Orden Nacional **reconocidas con anterioridad al 1° de enero de 1989, que presenten diferencias con los aumentos de salarios...**”* y el actor causó el derecho pensional el 5 de agosto de 1990.

Precisó que, mediante el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, se impone la obligación a las entidades de pensiones, de realizar anualmente el ajuste correspondiente a las mesadas pensionales, según el certificado de IPC emitido por el DANE, por lo tanto, la UGPP ha venido cumpliendo a cabalidad con dicha obligación y, en consecuencia, no se ha generado un detrimento o pérdida de valor adquisitivo de la prestación.

3.2. Prescripción: Manifestó que en el caso de una eventual condena, deben declararse prescritas todas aquellas pretensiones que se hayan incoado vencido el término de 3 años desde su exigibilidad.

3.3. Buena fe: Aludió a que la entidad obró de buena fe, en estricto cumplimiento de la Constitución Política y de la Ley.

3.4. Innominada o genérica: Solicitó que se declaren las excepciones que por no requerir formulación expresa sean encontradas en el trámite del proceso.

IV. INTERVENCIÓN AGENCIA JURÍDICA DEL ESTADO.

A través de escrito del **27 de julio de 2021**, radicado con el No. **20215000051731**, allegado vía correo electrónico el **11 de agosto del año en curso**¹, el doctor César Augusto Méndez Becerra, Director de Defensa Jurídica Nacional de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de Estado, en ejercicio de la facultad de intervención contenida en el literal b) del párrafo del artículo 2 y en el artículo 6, numeral 3, literal i) del Decreto Ley 4085 de 2011, modificado por el Decreto 2269 de 2019, en concordancia con lo previsto en el artículo 610 del Código General del Proceso, solicitó que se nieguen las súplicas de la demanda, al sostener que al demandante no le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión que viene disfrutando, de conformidad con las reglas fijadas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 (expediente 2012-00143), en la que claramente se estableció que para liquidar el ingreso base de liquidación se debe promediar lo devengado durante los últimos 10 años de servicio con la inclusión únicamente los factores salariales sobre los cuales se realizó el respectivo aporte o cotización.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Parte demandante

El apoderado de la parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

5.2. Parte demandada

Mediante escrito del **10 de septiembre de 2021**, el apoderado de la entidad demandada, solicitó que no se acceda a las pretensiones del libelo, reiterando los argumentos expuestos al momento de contestar la demanda, respecto a la improcedencia de la reliquidación de la pensión del demandante, al tenor de los postulados legales y jurisprudenciales que existen sobre la materia, por cuanto el IBL no fue objeto de transición; sin embargo, no realizó pronunciamiento alguno en torno a la indexación de la

¹ Se tiene en cuenta el día siguiente, dado que se envió el “martes, 10 de agosto de 2021 8:04 p.m” –negrita del Despacho-

prestación, a partir de la fecha en que le fue reconocida al demandante.

5.3. Ministerio Público.

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

Advierte el Despacho que entre los actos administrativos cuya nulidad se depreca en la presente controversia, se encuentra la **Resolución No. SOP2020001006081**, por medio de la cual la entidad demandada resolvió desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. RDP 002446 del 30 de enero de 2020, donde se negó la indexación de la mesada pensional que percibe el actor, en virtud de la Resolución No. 19304 del 12 de marzo de 1993.

Ahora bien, observa el Despacho que el actor consignó el número del radicado y no el número de la Resolución que resolvió el referido recurso, la cual se encuentra identificada bajo el No. **RDP 008988 del 13 de abril de 2020**, acto administrativo que tendrá el Despacho como acto demandado.

6.2. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Frente a las excepciones de **inexistencia de la obligación** y **buena fe**, 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.

Respecto al medio exceptivo de **prescripción**, será resultO en acápite posterior a esta providencia y frente a la excepción **innominada o genérica**, advierte el Despacho que no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio al momento de proferirse el presente fallo.

6.3. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

De conformidad con los medios de prueba documentales allegados al expediente, quedaron demostrados los siguientes hechos:

6.3.1. Resolución No. 19304 del 12 de marzo de 1993, por medio de la cual la liquidada Caja Nacional de Previsión Social reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación al demandante, a partir del 5 de agosto de 1990, en la suma de \$87.526,49 m/cte.

6.3.2. Comprobantes de pago del actor para el mes de diciembre de los años 2016 a 2019, expedidos por la Fiduprevisora S. A.

6.3.3. Escrito del 3 de octubre de 2019, a través del cual el actor le solicitó a la UGPP la reliquidación de su pensión con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, la indexación de la primera mesada pensional y la actualización anual con base en el IPC, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 116 de la Ley 6 de 1992, reglamentada por el Decreto 2108 de 1992, dado que la prestación le fue reconocida con antelación al año 1990.

6.3.4. Oficio No. 2019142013947631 del 28 de noviembre de 2019, a través del cual la Subdirectora de Nómina de Pensionados de la UGPP, se pronunció frente a la petición elevada por el apoderado del actor, señalando que se evidenció un error al momento de la aplicación del Índice de Precios al Consumidor, por lo tanto, se ajustó la mesada pensional.

6.3.5. Resolución No. RDP 002446 del 30 de enero de 2020, mediante la cual la UGPP le negó la reliquidación de la pensión al demandante y la indexación reclamada.

6.3.6. Recurso de apelación interpuesto por el actor el 27 de febrero de 2020, en contra del acto administrativo señalado precedentemente.

6.3.7. Resolución No. RDP 008988 del 13 de abril de 2020, por medio de la cual la entidad demandada resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. RDP 002446 del 30 de enero de 2020, confirmando en su integridad el acto administrativo.

6.3.8. Liquidación de la actualización de la pensión, realizada por el extremo actor.

6.3.9. Expediente administrativo del demandante, contentivo entre otros, de los siguientes documentos:

- Certificación de tiempos laborados por el demandante, expedida por el Ministerio de Hacienda.
- Hoja de liquidación de prestaciones económicas del actor del 27 de enero de 1993, emitida por la Caja Nacional de Previsión Social.
- Oficio No. 2019142013073841 del 28 de octubre de 2019, por medio del cual la Subdirectora de Nómina de Pensionados de la UGPP, respondió la petición elevada por el apoderado del actor, atinente al reajuste de la pensión, manifestando que para la **nómina del mes de octubre de 2019**, se procesó la novedad “*MODIFICACIÓN - AJUSTE DERECHO*” y se corrigieron los incrementos (IPC) aplicados a la mesada de su representado, de modo tal, que para ese momento devengaba una mesada de **\$1.526.677,10 m/cte.**

6.4. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, en la providencia del 26 de agosto de 2021, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si al actor le asiste o no el derecho a la indexación o actualización de la mesada pensional de jubilación que percibe, desde el año 1991, prestación que le fue reconocida, a través de la Resolución No. 19304 del 12 de marzo de 1993, efectiva a partir del 5 de agosto de 1990.

6.4.1. De la indexación de la primera mesada pensional y la actualización por cada anualidad.

En primer lugar, vale la pena precisar que, mediante la **Resolución No. 19304 del 12 de marzo de 1993**, la extinta Caja Nacional de Previsión

Social reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación al demandante, con base en las disposiciones contenidas en las Leyes 33 y 32 de 1985, dado que adquirió el estatus jurídico de pensionado el 5 de agosto de 1990, aspecto que no se encuentra en discusión en la presente controversia.

Ahora bien, en lo concerniente a la procedencia de la actualización de la primera mesada pensional del actor, las referidas disposiciones legales no previeron el mecanismo de la indexación de las sumas reconocidas por concepto de pensión.

Luego, la Ley 6 de 1992 *“Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones”*, en el artículo 116, respecto al ajuste de las pensiones del sector Público nacional, preceptuó:

“ARTICULO 116. Ajuste a pensiones del sector público nacional. *Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el gobierno nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1o. de enero de 1989.*

Los reajustes ordenados en este artículo comenzarán a regir a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente, y no producirán efecto retroactivo” (subrayado del Despacho).

Posteriormente, el Presidente de la República, en desarrollo de las facultades conferidas por el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, expidió el Decreto 2108 de 1992 *“Por el cual se ajustan las pensiones de jubilación del sector público en el orden Nacional”*, en cuyo artículo 1º, indicó:

“ARTICULO 1º- *Las pensiones de jubilación del sector público del orden nacional reconocidas con anterioridad al 1º de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios serán reajustadas a partir del 1º de enero de 1993, 1994 y 1995, así:*

AÑO DE CAUSACION DEL DERECHO A LA PENSION	% DEL REAJUSTE APLICABLE A PARTIR DEL 1º DE ENERO DEL AÑO		
	1993	1994	1995
1981 y anteriores 28% distribuidos así:	12.0	12.0	4.0
1982 hasta 1988 14% distribuidos así:	7.0	7.0	--

(Resaltado fuera del texto original).

A su vez, el artículo 2º *ejúsdem*, señaló:

“ARTICULO 2º- Las entidades de previsión social o los organismos o entidades que están encargadas del pago de las pensiones de jubilación tomarán el valor de la pensión mensual a 31 de diciembre de 1992 y le aplicarán el porcentaje del incremento señalado para el año de 1993 cuando se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 1º.

El 1º de enero de 1994 y 1995 se seguirá igual procedimiento con el valor de la pensión mensual a 31 de diciembre de los años 1993 y 1994 respectivamente, tomando como base el porcentaje de la columna correspondiente a dichos años señalada en el artículo anterior”.

Por su parte, la H. Corte Constitucional en sentencia C-531 del 20 de noviembre de 1995², declaró inexecutable el artículo 116 de la Ley 6 de 1992, toda vez que con su expedición no se tuvo en cuenta la unidad de materia, indicando lo siguiente:

“(…)

Es pues indudable que el tema de la Ley 6 de 1992 es tributario. En cambio, el artículo 116 regula un asunto prestacional pues ordena un ajuste a las pensiones de jubilación del sector público nacional, siempre que su reconocimiento se haya realizado con anterioridad al 1º de enero de 1989, con el fin de corregir desequilibrios y desigualdades que habían sido provocados por la existencia, en el pasado, de diferentes sistemas de reajuste pensional. El interrogante que se plantea es entonces si existe una relación razonable entres estas dos temáticas. Y para esta Corporación es claro que no es posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica del artículo acusado con la materia dominante de la ley . En efecto, por más de que el término "materia" debe tomarse, como esta Corte lo ha señalado, "en una acepción amplia, comprensiva de varios asuntos que tienen en ella su necesario referente", es claro que la Ley 6º de

² Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero, demanda No. D-827, norma acusada: Artículo 116 (parcial) de la Ley 6º de 1992, actor: Darío Angarita Medellín, temas: Unidad de materia y caducidad de acciones por vicios de forma.

1992 se refiere a un tema totalmente distinto del tratado por el artículo 116. En efecto, la ley regula aspectos relacionados con la manera cómo el Estado obtiene recursos para desarrollar sus distintos cometidos, mientras que el artículo acusado está modificando el régimen salarial y pensional de ciertos servidores públicos, pues consagra un mandato de nivelación pensional en el sector público nacional. La ley está entonces relacionada con la Hacienda Pública, mientras que el artículo está referido al derecho sustantivo del trabajo, lo cual muestra la falta de conexidad entre sus temáticas...”.

Y respecto a los efectos de la declaración de inexecutable de la norma, dicha Corporación Judicial, precisó que la decisión adoptada regirá hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del fallo, al sostener:

*“La Corte ha señalado que es a ella a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución. En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de buena fe (CP art. 83) y protección de los derechos adquiridos (CP art. 58), **la declaración de inexecutable de la parte resolutive de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexecutable no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable y por el Decreto 2108 de 1992, pero que no habían sido efectivamente realizados al momento de notificarse esta sentencia**, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia. En efecto, de un lado, el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional (CP art. 58). Mal podría entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado, en virtud del principio de efectividad de los derechos (CP art. 2º) y eficacia y celeridad de la función pública (CP art. 209), la ineficiencia de las autoridades no puede ser una razón válida para desconocer los derechos de los particulares. Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6º de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexecutable, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello.*”

A su turno, el H. Consejo de Estado, a través del fallo proferido el 11 de junio de 1998³, declaró nulo el artículo 1 del Decreto 2108 de 1992, con

³ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA, CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA

fundamento en la declaratoria de inexecutable del artículo 116 de la Ley 6 de 1992, al indicar:

“2. Como se ve claramente, fue la ley reglamentada la que restringió sus alcances a las pensiones de jubilación del sector público nacional, y en tales condiciones el gobierno nacional al expedir el decreto reglamentario, no podía disponer algo diferente, tratando de ampliar su campo de aplicación a las pensiones de los órdenes municipal y departamental, porque ello habría sido violatorio de la competencia reglamentaria en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

3. Sin embargo, (sic) como la Corte Constitucional declaró la inexecutable del transcrito artículo 116, mediante sentencia C-531 de 20 de noviembre de 1995, la Sala habrá de declarar la nulidad de la norma acusada que la reglamentó, de acuerdo con su reiterada jurisprudencia, por ser ello una obvia consecuencia de tal determinación”.

Así mismo, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de la sentencia del 15 de abril de 1995⁴, declaró la nulidad de los artículos 2º, 3º y 4º del Decreto 2108 de 1992, al considerar que *“... la inexecutable del artículo 116 de la ley 6ª de 1992 hizo metástasis en todas y cada una de las partes del decreto acusado, es del caso reconocer la nulidad que subyace en sus artículos 2º, 3º y 4º”.*

De la normatividad en cita, se concluye que el Decreto 2108 de 1992, reglamentario de la Ley 6 de 1992, ordenó el ajuste de las pensiones de jubilación del sector público del orden nacional, reconocidas con anterioridad al **1 de enero de 1989**, con la finalidad de compensar las diferencias entre el crecimiento de los salarios y el de las mesadas pensionales, de modo tal, que el artículo 116 de dicha disposición legal, rigió desde su expedición hasta el 20 de noviembre de 1995, fecha en la cual fue retirada del ordenamiento jurídico, pero sigue teniendo efectos para quienes adquirieron el derecho bajo su vigencia, situación que, igualmente, se presenta respecto del Decreto 2108 de 1992, en la medida que rigió desde su expedición hasta la fecha de inexecutable del precepto que le dio origen⁵.

⁴ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA, CONSEJERO PONENTE: CARLOS A. ORJUELA GONGORA, radicación número: 479-98, actor JAIME ENRIQUE MONROY CABRA Y OTRO, expediente No. 0038- (479) /98.-

⁵ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “B”, Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, sentencia del veintidós (22) de marzo de dos mil siete (2007), radicación número: 25000-23-25-000-2001-08133-01(4759-05), actor: JOSE ISMAEL URREGO CHITIVA, demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA.

Ahora bien, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, en el artículo 14, refirió:

“ARTÍCULO 14. Reajuste de Pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, **mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el 1o. de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno”** (subrayado y negrita del Despacho).

De la disposición transcrita, se concluye que con el propósito de que las pensiones mantengan su poder adquisitivo, deberán ser reajustadas de forma anual, según la variación porcentual del del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE, bajo los siguientes presupuestos: **i) para las pensiones cuyo monto mensual superen el smlmv, se aplicará el IPC del año inmediatamente anterior** y **ii) las prestaciones cuyo monto mensual sea igual al smlmv, serán actualizadas con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.**

6.4.2. Precedentes jurisprudenciales orientados a la actualización de las mesadas pensionales y la fórmula que se aplica para el efecto.

Frente a la actualización de la mesada pensional, la H. Corte Constitucional, en Sentencia SU-1073 del 12 de diciembre de 2012⁶, unificó criterio respecto al derecho a la indexación de la primera mesada pensional, efecto para el cual, precisó:

“(…)

2.5.2.1.2. *Se observa entonces que la Corte ha dejado claramente establecido que son inconstitucionales todas aquellas situaciones que a pesar de haberse consolidado bajo la égida de la*

⁶ Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Expedientes T-2.707.711 y AC, Acción de Tutela instaurada por Pablo Enrique Murcia Gómez, Gladys Hau Cheng y Jorge Eliécer Quecán Moreno contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y otros.

Carta anterior, sus efectos se proyectan en futuro y generan vulneración de los derechos y garantías fundamentales, tal y como sería el caso de la indexación de la primera mesada pensional.

2.5.2.1.3. Lo anterior por cuanto resulta evidente que la negativa de la indexación en la primera mesada pensional se encuentra produciendo graves efectos en el mínimo vital de los pensionados que mes por mes reciben una suma significativamente inferior a la que tienen derecho y que no se compadece con el esfuerzo laboral que realizaron en su vida productiva

Esto, como se desarrolló anteriormente, desconoce los artículos 48 y 53 de la Constitución Política que consagran el deber de garantizar el poder adquisitivo de las pensiones, así como los principios de favorabilidad y de indubio pro operario a favor del trabajador.

De la misma manera, negar el derecho a la indexación de la primera mesada pensional a aquellos cuyo derecho fue reconocido con anterioridad a la expedición de 1991 dejaría sin protección a personas que por su avanzada edad y en razón a su especial situación de indefensión, son sujetos de especial protección del Estado. Además, al ser adultos mayores, debe presumirse que la pensión en su único ingreso, más cuando existen enormes dificultades en el ingreso al mercado laboral.

2.5.3. La jurisprudencia constitucional ha predicado el carácter universal de la indexación de la primera mesada pensional

La Sentencia, continúa su estudio y asegura que no existe ninguna razón constitucionalmente válida para sostener que el derecho a la actualización de la mesada pensional sea predicable únicamente a determinadas categorías de pensionados, ya que todos se encuentran en la misma situación y todos se ven afectados en su mínimo vital por la depreciación monetaria.

(...)

De esta manera, la universalidad del derecho a la indexación de la primera mesada es predicable de todas las personas pensionadas, y por supuesto, de aquellas que adquirieron tal calidad con anterioridad a la expedición de la Constitución Política. En efecto, todos los pensionados sufren las graves consecuencias de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, es decir todos se encuentran en la misma situación y por tanto, deben recibir igual tratamiento.

No existe razón alguna para predicar un trato diferenciado a las personas que consolidaron su situación pensional bajo la Carta anterior. Por el contrario, ellas también sufren una grave afectación a su mínimo vital al recibir una suma significativamente inferior a la que tienen derecho y a la que efectivamente recibieron durante su etapa productiva.

En otras palabras, esta Sala considera que a todos los pensionados, **sin distinción alguna**, no sólo debe garantizárseles que sus pensiones sean actualizadas anualmente una vez han sido reconocidas por la entidad

competente, sino que también existe un **derecho constitucional** a la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada” (resaltado ajeno al texto).

Y frente a la fórmula que se debe aplicar para efectuar la indexación de la primera mesada pensional, en la referida sentencia se indicó:

“A partir del **Auto 141B de 2004**, las distintas Salas de Revisión han optado, por regla general, por dos caminos: (i) en los casos en que algunas de las instancias dentro del proceso ordinario han concedido el derecho a la indexación en la primera mesada pensional, se declara ejecutoriada tal decisión y se ordena a la entidad encargada del pago de la pensión, proceder al cumplimiento de la providencia ejecutoriada (Auto 141B de 2004, T-635 de 2005^[96], T-045 de 2007^[97], entre otras) y (ii) en el caso en que ninguna de las instancias dentro del proceso ordinario haya accedido a las pretensiones de la indexación, la Corte lo ha ordenado directamente a la entidad encargada (T-1169 de 2003^[98], T-805 de 2004^[99] y T-815 de 2004^[100], entre otras) y de conformidad con la fórmula establecida en la Sentencia **T-098 de 2005**. Cabe señalar que esta fórmula ha sido aceptada recientemente por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia^[101].

La fórmula establecida en la sentencia T-098 de 2005 es la siguiente:

“5. Fórmula que deberá aplicar el Citibank para efectuar la indexación de la primera mesada pensional del actor.

El ajuste de la mesada pensional del demandante se hará según la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el promedio de lo devengado por el demandante durante el último año de servicios, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha a partir de la cual se reconoció la pensión, entre el índice inicial, que es el existente al 27 de enero de 1974.

Debe determinarse así el valor de la primera mesada pensional actualizada a 10 de diciembre de 1980. El Citibank Colombia procederá a reconocer y liquidar los reajustes pensionales de los años posteriores, conforme a la normatividad aplicable.

Después establecerá la diferencia resultante entre lo que debía pagar y lo que efectivamente pagó como consecuencia del reconocimiento de la pensión. De dichas sumas no se descontarán los aportes que por ley corresponda hacer al pensionado al sistema de seguridad social en salud, pues existe prueba en el expediente de que éstos fueron pagados.^[102]

La suma insoluta o dejada de pagar, será objeto de ajuste al valor, desde la fecha en que se dejó de pagar hasta la notificación de esta sentencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar al pensionado, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha de notificación de esta sentencia, entre el índice inicial, que es el vigente al causarse cada mesada pensional.

Por tratarse de una obligación de tracto sucesivo, la entidad demandada aplicará la fórmula separadamente, mes por mes, empezando por la primera mesada pensional que devengó el actor sin actualizar, y para los demás emolumentos (primas), teniendo en cuenta que el índice aplicable es el vigente al causarse cada una de las prestaciones”.

La anterior fórmula fue reiterada por el H. Consejo de Estado, en providencia del 20 de febrero de 2020⁷, dentro del proceso No. 23001-23-33-000-2013-00438-01(0708-16) y, en similares términos, en la sentencia del 17 de junio de 2021, dentro del proceso no. 25000-23-42-000-2017-04443-01(6231-19)⁸, con ponencia del consejero William Hernández Gómez, se señaló:

“De forma preliminar es preciso hacer referencia al concepto de indexación, el cual según la Corte Constitucional constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, de aquellas que deben satisfacerse mediante el pago de una cantidad de moneda determinada -entre las que se cuentan por supuesto, las obligaciones laborales.

Lo anterior, en la medida en que la inflación produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda. Tal actualización se lleva a cabo mediante distintos mecanismos, los cuales permiten la revisión y corrección periódica de las prestaciones debidas, uno de los cuales es la indexación.

Ahora en materia laboral, la indexación de la primera mesada pensional ha sido entendida por esta Corporación como el mecanismo que se utiliza, en aplicación de los principios de equidad y justicia para revalorizar las obligaciones pensionales con el fin de traer a valor presente las sumas que han perdido su poder adquisitivo por el transcurso del tiempo.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P: César Palomino Cortés, 20 de febrero de 2020, proceso: 23001-23-33-000-2013-00438-01(0708-16)

⁸ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “A”, Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, sentencia del diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021), expediente No. 25000-23-42-000-2017-04443-01(6231-19), demandante MARTHA ANGÉLICA MARÍN COLORADO, demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

Al respecto, el artículo 48 de la Constitución Política fijó la necesidad de evitar la depreciación de los dineros para el pago de pensiones...

Sin embargo, dentro del Régimen General de Seguridad Social en Pensiones, no existe norma expresa que prevea la actualización del ingreso base de liquidación pensional diferente al reajuste anual de las mesadas ya reconocidas en los términos del artículo 14 de la Ley 100 de 1993

En ese sentido, se ha advertido en reiteradas ocasiones, que si bien no existe norma expresa que consagre la actualización de las sumas derivadas de una pensión, diferente al reajuste anual de las mesadas, la jurisprudencia ha desarrollado con base en principios constitucionales, en especial, los previstos en los artículos 48, 53 y 230, una posición en la que bajo criterios de justicia y equidad determina que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario son hechos notorios y, por tanto, el trabajador no tiene por qué soportar las consecuencias negativas de dicha situación, al recibir sumas de dinero desvalorizadas que no van en armonía con el valor real del salario o de la pensión.

Respecto al supuesto en el cual opera la indexación, la Subsección también ha sido clara en el sentido de que la indexación de la primera mesada «[...] se produce, cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio en un año determinado, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder al derecho cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro, de modo que ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidaría la pensión habría sufrido detrimento [...]»⁹

Lo anterior significa que el derecho a la indexación de la primera mesada se causa cuando cumplido el requisito de tiempo de servicio, el beneficiario se retira antes de la edad requerida para acceder al derecho prestacional. Por lo tanto, una vez acreditado este, la administración procede a reconocer y liquidar la pensión de jubilación con el promedio del salario indexado a la fecha de reconocimiento.

Ello, con la finalidad de que el beneficio prestacional no se vea afectado por el transcurrir del tiempo y que de esta manera, se eviten las repercusiones económicas negativas en su poder adquisitivo, por el efecto que forja la depreciación monetaria, el cual generaría la afectación a la garantía constitucional del mínimo vital...

En atención al principio de equidad, como criterio auxiliar de la actividad judicial según el artículo 230 constitucional, es que precisamente se ha legitimado la procedencia de la indexación de la primera mesada pensional ante el vacío en la ley respecto a norma expresa para indexar la primera mesada pensional” (negrita del Despacho).

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 7 de marzo de 2013. Radicación 760012331000200801205-01 (1995-11). Gersáin Daza contra el Municipio de Palmira (Valle del Cauca).

De la jurisprudencia en cita, tenemos que los beneficiarios de las prestaciones que cubran las contingencias de vejez o jubilación, incluso, aquellos que la perciben con antelación a la promulgación de la Constitución Política, no están obligados a soportar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario, pues la administración debe velar por evitar las repercusiones económicas negativas, pues de no ser así, se afectaría, de forma directa, el derecho fundamental al mínimo vital.

6.5. CASO CONCRETO.

De los medios probatorios obrantes en el plenario, se encuentra demostrado que, a través de la **Resolución No. 19304 del 12 de marzo de 1993**, la extinta Caja Nacional de Previsión Social le reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación al demandante, **a partir del 5 de agosto de 1990**, acto administrativo del cual se desprende que para determinar el valor de la mesada pensional, se tomó como ingreso base de liquidación el 75%, sobre el salario promedio de doce (12) meses, por consiguiente, se concluyó que la mesada correspondía a la suma de **\$87.526,49 m/cte.**, cálculo que deviene de liquidar el promedio de la asignación básica, esto es, del monto de **\$116.701.98, m/cte.**

Sin embargo, es claro para el Despacho que la cuantía que sirvió de base al reconocimiento pensional del actor, no fue debidamente indexada, puesto que el salario con el cual se liquidó se encontraba devaluado, tal como se evidencia de la Hoja de Liquidación de Prestaciones Económicas, emitida por la liquidada Caja Nacional de Previsión Social, puesto que allí se hizo alusión a que, el retiro del señor Álvaro Sánchez Martínez se generó el **4 de marzo de 1991** y, posteriormente, en la Certificación de tiempos laborados por el demandante, expedida por el Ministerio de Hacienda, se afirmó que el demandante se encontraba activo para el **año 1993**, refiriéndose que el posible salario base ascendía a la suma de **\$193.561,00 m/cte.**, suma que devengaba para el año 1992.

En efecto, se advierte que, por medio del **Oficio No. 2019142013947631 del 28 de noviembre de 2019**, la Subdirectora de Nómina de Pensionados de la UGPP, se pronunció frente a la petición elevada por el apoderado del

actor, relativa a la aplicación de los ajustes del IPC y la Ley 6 de 1992, señalando que se evidenció un error al momento de la aplicación del Índice de Precios al Consumidor y, por consiguiente, se procedió al ajuste de la mesada pensional, así:

AÑO	AJUSTES	VALOR MESADA
1990	1,260000	\$ 87.526,49
1991	1,260600	\$ 110.335,89
1992	1,260440	\$ 139.071,77
1993	1,250345	\$ 173.887,70
1994	1,210900	\$ 210.560,61
1994	1,032609	\$ 217.426,78
1995	1,225900	\$ 266.543,49
1996	1,194600	\$ 318.412,86
1996	1,045454	\$ 332.885,99
1997	1,216300	\$ 404.889,24
1998	1,176800	\$ 476.473,65
1999	1,167000	\$ 556.044,75
2000	1,092300	\$ 607.367,68
2001	1,087500	\$ 660.512,35
2002	1,076500	\$ 711.041,55
2003	1,069900	\$ 760.743,35
2004	1,064900	\$ 810.115,60
2005	1,055000	\$ 854.671,96
2006	1,048500	\$ 896.123,55
2007	1,044800	\$ 936.269,88
2008	1,056900	\$ 989.543,64
2009	1,076700	\$ 1.065.441,63
2010	1,020000	\$ 1.086.750,47
2011	1,031700	\$ 1.121.200,46
2012	1,037300	\$ 1.163.021,23
2013	1,024400	\$ 1.191.398,95
2014	1,019400	\$ 1.214.512,09
2015	1,036600	\$ 1.258.963,23
2016	1,067700	\$ 1.344.195,04
2017	1,057500	\$ 1.421.486,26
2018	1,040900	\$ 1.479.625,05
2019	1,031800	\$ 1.526.677,12

Así mismo, la entidad demandada precisó que la Ley 6 de 1992, fue reglamentada por el Decreto 2108 de 1992, estableciendo el reajuste de las pensiones reconocidas con **anterioridad al 1 de enero de 1989**, que presenten diferencias con los aumentos de salarios las cuales serán reajustadas a partir del 1 de enero de 1993, 1994 y 1995, **para quienes tengan efectividad hasta 31 de Diciembre de 1988**, razón por la cual, afirmó que dicha normatividad no le es aplicable al actor, por cuanto la prestación fue reconocida a partir del **5 de agosto de 1990**.

Por su parte, el Subdirector de Determinación de Derechos Pensionales de la entidad demandada, expidió la **Resolución No. RDP 002446 del 30 de enero de 2020**, en la cual le negó la reliquidación de la pensión al demandante, señalando que el reconocimiento de la prestación se hizo exigible a partir del **5 de agosto de 1990**, fecha en que cumplió el estatus pensional, por lo cual, la mesada no sufrió detrimento, como tampoco descompensación alguna, toda vez que ha sido actualizada anualmente por parte del área de nómina y no se evidencia ruptura abrupta entre el valor histórico y el actual, de tal manera que, no se afecta el poder adquisitivo.

Inconforme con dicha decisión, el 27 de febrero de 2020, el señor Álvaro Sánchez Martínez, interpuso recurso de apelación, el cual fue desatado, mediante la **Resolución No. RDP 008988 del 13 de abril de 2020**, por medio de la cual la entidad demandada confirmó en su integridad el acto administrativo objeto de alzada, al sostener que desde el mes de enero del año siguiente al reconocimiento pensional, el área de nómina actualiza la mesada con el IPC consolidado por el DANE, de conformidad con lo preceptuado en la Ley 100 de 1993.

En ese sentido, advierte el Despacho que le asiste razón a la entidad demandada al sostener que el actor no se rige por las disposiciones contenidas en la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, por cuanto, dicha normatividad regula el ajuste de valor de las pensiones del sector público reconocidas con anterioridad al **1 de enero de 1989** y el demandante adquirió el derecho pensional el **5 de agosto de 1990**.

No obstante lo anterior, al demandante le resulta aplicable el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pues según lo contenido en el inciso segundo del artículo 36 la Ley 100 de 1993, las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión se sujetarán a las disposiciones contenidas en esa Ley, de donde surge la posibilidad de extender este beneficio a favor del señor Alvaro Sánchez Martínez, tal como lo refirió la entidad demandada en el Oficio No. 2019142013947631 del 28 de noviembre de 2019, citado líneas atrás.

Ahora bien, el apoderado del actor afirmó que, pese a que la entidad realizó el aludido reajuste determinando que ascendía a la suma de

\$1.526.677,10 m/cte., para el año 2019, este resulta inferior a lo que corresponde para esa fecha, efecto para el cual, aportó la siguiente liquidación:

“(…)

VALOR ACTUAL DEL PESO COLOMBIANO

Tasa-de Inflación de Colombia entre los años:	Promedio Anual	aumento	Año	Pesos colombianos	Pesos Colombianos AÑO 2020
1990 y 2020	10.11%	1,695.85%	1990	\$ 87,526	\$1,571,833.82
1991 y 2020	9.41%	1,256.86%	1991	\$110,336	\$1,497,108.2
1992 y 2020	8.83%	970.1%	1992	\$139,072	\$1,488,213.85
1993 y 2020	8.27%	755.02%	1993	\$173,888	\$1,486,785.43
1994 y 2020	7.75%	597.11%	1994	\$ 210,561	\$1,467,846.37
1994 y 2020	7.75%	597.11%	1994	\$217,427	\$1,515,710.1
1995 y 2020	7.2%	468.77%	1995	\$266,543	\$1,516,009
1996 y 2020	6.72%	376.15%	1996	\$318,413	\$1,516,113.39
1996 y 2020	6.72%	376.15%	1996	\$332,886	\$1,585,026.12
1997 y 2020	6.11%	291.4%	1997	\$404,889	\$1,584,746.61
1998 y 2020	5.61%	232.59%	1998	\$476,474	\$1,584,684.45
1999 y 2020	5.11%	185.01%	1999	\$556,045	\$1,584,774.03
2000 y 2020	4.91%	160.87%	2000	\$607,368	\$1,584,438.24
2001 y 2020	4.71%	139.89%	2001	\$660,512	\$1,584,496.06
2002 y 2020	4.55%	122.84%	2002	\$711,042	\$1,584,503.19
2003 y 2020	4.41%	108.27%	2003	\$760,743	\$1,584,372.43
2004 y 2020	4.28%	95.59%	2004	\$810,116	\$1,584,511.77
2005 y 2020	4.2%	85.39%	2005	\$854,672	\$1,584,478.52
2006 y 2020	4.16%	76.83%	2006	\$896,124	\$1,584,628.11
2007 y 2020	4.13%	69.25%	2007	\$936,270	\$1,584,621.3
2008 y 2020	4%	60.14%	2008	\$989,544	\$1,584,613.8
2009 y 2020	3.67%	48.71%	2009	\$1,065,442	\$1,584,425.19
2010 y 2020	3.84%	45.81%	2010	\$1,086,750	\$1,584,557.51
2011 y 2020	3.92%	41.3%	2011	\$1,121,200	\$1,584,271.15
2012 y 2020	3.94%	36.24%	2012	\$1,163,021	\$1,584,480.63
2013 y 2020	4.16%	32.99%	2013	\$1,191,399	\$1,584,461.44
2014 y 2020	4.53%	30.47%	2014	\$1,214,512	\$1,584,544.31
2015 y 2020	4.71%	25.86%	2015	\$1,258,963	\$1,584,580.56
2016 y 2020	4.2%	17.89%	2016	\$1,344,195	\$1,584,638.73
2017 y 2020	3.69%	11.48%	2017	\$1,421,486	\$1,584,687.42
2018 y 2020	3.49%	7.11%	2018	\$1,479,625	\$1,584,821.74
2019 y 2020	3.8%	3.8%	2019	\$1,526,677	\$1,584,690.73
2020 y 2020					

(…)”

Sobre el particular, advierte el Despacho que no le asiste razón al apoderado del actor, al sostener que la pensión no fue debidamente actualizada por la entidad, dado que, la columna denominada “Pesos Colombianos”, presenta coincidencia con la contenida en el Oficio No. 2019142013947631 del 28 de noviembre de 2019, de modo que, la diferencia deviene de la columna signada “Pesos Colombianos AÑO 2020”, en la cual se incorporó que para el año **2019**, la mesada ascendería a la suma de \$1.584.690.73, 00 m/cte., valor que resulta de tomar el incremento anual del año **2020**, pues en la aludida liquidación se indicó:

“(…)

Columna 2: Por ejemplo: La tasa de inflación promedio de Colombia entre los años 2019 (columna 1) y 2020 ha sido del 3.8% anual. En total, la moneda presentó un aumento del 3.8% entre estos años. Esto quiere decir que **1,526,677 pesos colombianos (COP) de 2019 equivalen a 1,584,690.73 pesos colombianos de 2020.** Y así entre cada año y 2020 **\$1,526,677 pesos colombianos en 2019 \$1,584,690.73 pesos colombianos en 2020.**
Analícese cada renglón.

(…)”

Como puede verse, la liquidación aportada por el actor se aparta de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, citado líneas atrás, ya que la prestación reconocida en la **Resolución No. 19304 del 12 de marzo de 1993**, determinó que la cuantía ascendía a la suma de \$87.526,49 m/cte., monto que para esa fecha, superaba el salario mínimo mensual vigente, esto es, \$81,510, m/cte., por lo tanto, la pensión debe ser actualizada con el IPC **del año inmediatamente anterior**, tal como lo aplicó la UGPP, lo que conlleva a que sobre dicho aspecto deban negarse las súplicas de la demanda.

De otro lado, el apoderado del actor en los hechos de la demanda afirmó que la entidad demandada no realizó modificación alguna en la mesada pensional, puesto que para el año 2019, correspondía a la suma de \$1.339.973.00 m/cte. y, para demostrar dicho suceso, allegó los comprobantes de pago del mes de diciembre de los años 2016 a 2019, expedidos por la Fiduprevisora S. A.

Al respecto, cabe resaltar que, dado que hasta el año 2019, la entidad demandada realizó el incremento de la prestación, conforme al IPC certificado por el DANE, el monto que tasó solamente se vería reflejado para dicha anualidad, como se colige del **Oficio No. 2019142013073841 del 28 de octubre de 2019**, suscrito por la Subdirectora de Nómina de Pensionados de la UGPP, en el cual, manifestó que para la **nómina del mes de octubre de 2019**, se procesó la novedad “*MODIFICACIÓN - AJUSTE DERECHO*” y se corrigieron los incrementos (IPC) aplicados a la mesada, de modo tal, que para ese momento devengaba una mensualidad de **\$1.526.677,10 m/cte.**

Sin embargo, de la lectura del comprobante de pago No. 201912310110630, expedido por la Fiduprevisora S. A., se evidencia que

al **31 de diciembre de 2019**, la entidad demandada le consignó al demandante la suma de \$1.179.176,00 m/cte., por concepto de mesada pensional, una vez realizados los descuentos de ley, por valor de \$160.797,00 m/cte., por lo tanto, la prestación correspondía al monto de **\$1.339.973,00 m/cte.**, así:

“(…)

Concepto		Valor	
		Pagos	Descuentos
APORTE DE LEY		\$0	\$160,797
PENSION DE JUBILACION		\$1,339,973	\$0
Valor total pagado		\$1,179,176	

Fecha pago: Año 2019, Mes 12, Día 31

Valor Recibido: \$1,179,176

Fecha límite de pago: 2020/02/14

(…)”

En ese sentido, se observa que el valor que le pagó la entidad demandada al actor por concepto de mesada pensional para el mes de diciembre del año 2019, es inferior al señalado en los **Oficios Nos. 2019142013073841 del 28 de octubre de 2019** y **2019142013947631 del 28 de noviembre del mismo año**, toda vez que existe una diferencia de **\$186.704,10 m/cte.** Por consiguiente, el Despacho considera procedente declarar la nulidad parcial de la Resoluciones Nos. RDP 002446 del 30 de enero de 2020 y RDP 002446 del 30 de enero de 2020, en lo atiente a la negativa del reajuste del pago de la mesada pensional por concepto de indexación.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, que PREVIA REVISIÓN particular y concreta de las mesadas canceladas al señor Alvaro Sánchez Martínez, a partir del mes de octubre de dicha anualidad, PAGUE las diferencias que resulten del monto determinado en los Oficios Nos. 2019142013073841 del 28 de octubre de 2019 y 2019142013947631 del

28 de noviembre del mismo año y el valor cancelado, a partir del mes de octubre del año 2019, correspondiente a la actualización anual de la prestación que le fue reconocida, mediante la Resolución No. 19304 del 12 de marzo de 1993, expedida por la extinta Caja Nacional de Previsión Social.

5.4.1. Prescripción de las mesadas indexadas y no pagadas en su integridad.

Frente a la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, se tiene que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción de los derechos 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, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

La tendencia jurisprudencial ha sido en el sentido de declarar no la prescripción del derecho al reajuste de la indexación, toda vez que deviene de una prestación periódica, como lo es la pensión, sino de declarar prescritas las mesadas que no se hayan reclamado dentro de los tres años anteriores al momento en que se quiere hacer efectivo el pago de las mismas.

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-168 del 16 de marzo de 2017¹⁰, precisó:

*“(...) debido a que se trata de una prestación periódica en materia de seguridad social y derechos laborales. Para esta Corte es claro que prescriben los reajustes indexados de las mensualidades a los que eventualmente el reclamante tuvo derecho pero sobre las cuales no se ejerció la acción oportuna, **más nunca prescribe el derecho a indexar la primera mesada pensional como tal. En otras palabras, prescriben las mesadas indexadas, pero no el derecho***¹¹”.

¹⁰Referencia: Expediente T-5.736.901, Acción de tutela presentada por Jorge Enrique Méndez Castañeda, contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, e Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., Procedencia: Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Asunto: Tutela contra providencia judicial, derecho a la indexación de la primera mesada pensional.

¹¹ Ver entre otras, sentencias T-374 de 2012 M. P. María Victoria Calle Correa; T-901 y 621 de 2010, en ambas M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

Ahora bien, de las pruebas aportadas al proceso se establece que, a partir de la nómina del **mes de octubre del año 2019**, la entidad demandada generó la novedad de la corrección de los incrementos (IPC) aplicados a la mesada pensional del señor Alvaro Sánchez Martínez, quien presentó reclamación administrativa, mediante escrito radicado el **3 de octubre de dicha anualidad**, de lo que se desprende que no se presentó fenómeno prescriptivo alguno, frente a las diferencias entre los valores que efectivamente recibió y el monto del ajuste de las mesadas pensionales, como consecuencia de la indexación efectuada por la UGPP.

5.4.2. Mora en el pago de la diferencia entre los valores que efectivamente percibió el demandante y el monto del ajuste de las mesadas pensionales.

Dado que en el caso bajo estudio se determinó que al demandante le asiste el derecho a percibir el pago de la diferencia entre los valores que le fueron cancelados por concepto de las mesadas, a partir del mes de octubre de 2019, en la medida que la entidad no sufragó en su totalidad la asignación pensional, teniendo en cuenta el incremento efectuado con base en el IPC, se ordenará el ajuste de valor de la condena, en virtud de lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 del C. P. A. C. A.¹², desde el día siguiente en que se debió realizar el pago hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192¹³ y 195¹⁴ *ibídem*.

6.6. COSTAS

¹² “ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA... Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor”.

¹³ “ARTÍCULO 192. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS O CONCILIACIONES POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS... Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código.

Cumplidos tres (3) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, cesará la causación de intereses desde entonces hasta cuando se presente la solicitud.

¹⁴ “ARTÍCULO 195. TRÁMITE PARA EL PAGO DE CONDENAS O CONCILIACIONES... 4. Las sumas de dinero reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación, devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria. No obstante, una vez vencido el término de los diez (10) meses de que trata el inciso segundo del artículo 192 de este Código o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral anterior, lo que ocurra primero, sin que la entidad obligada hubiese realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratoria a la tasa comercial”.

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.

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 nulidad parcial de las Resoluciones Nos. RDP 002446 del 30 de enero de 2020, y RDP 008988 del 13 de abril del mismo año, en lo atiente a la negativa del reajuste del pago de la mesada pensional al demandante, por concepto de indexación, de conformidad con las consideraciones anteriormente expuestas.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, que **PREVIA REVISIÓN** particular y concreta de las mesadas canceladas, **PAGUE** al señor ALVARO SÁNCHEZ MARTÍNEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.396.201, las diferencias que resulten del monto determinado en los Oficios Nos. 2019142013073841 del 28 de octubre de 2019 y 2019142013947631 del 28 de noviembre del mismo año y el valor cancelado, a partir del mes de octubre del año 2019, correspondiente a la actualización anual de la prestación que le fue reconocida, mediante la Resolución No. 19304 del 12 de marzo de 1993, expedida por la extinta Caja Nacional de Previsión Social.

TERCERO.- ORDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP actualizar las anteriores sumas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R= R.H. \underline{\text{Índice Final}}$$

Índice Inicial

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de la diferencia de los valores resultantes de la actualización de las mesadas pensionales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse cada pago y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos que debieron realizarse sucesivamente, la fórmula se aplicará separadamente pago por pago, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

CUARTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO.- Sin costas a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

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

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

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

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

Notifíquese y Cúmplase

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
Juez

Firmado Por:

**Gloria
Mercedes**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 029, de hoy 22 de octubre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA HOLÓN CAMACHO REGISTRAR

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:

**fab6775c94c3ffda33187948b11fbf81644cf2cc23fbff51a3c95d5e63b5e
eac**

Documento generado en 21/10/2021 10:22:16 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., veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 110013335018**2020-00323-00**
Demandante: ARBEY OSWALDO GIRALDO HERRERA
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICÍA NACIONAL Y CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR
Asunto: SENTENCIA

El señor **ARBEY OSWALDO GIRALDO HERRERA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.640.302 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICÍA NACIONAL y la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1.1. PRETENSIONES

Pretende el demandante que se inapliquen por inconstitucionales las siguientes normas:

- El artículo 30 del Decreto 2724 de 2000.
- El artículo 29 del Decreto 2737 de 2001.
- El artículo 29 del Decreto 745 de 2002.
- El artículo 29 del Decreto 3552 de 2003.
- El artículo 29 del Decreto 4158 de 2004.
- El artículo 29 del Decreto 923 de 2005.
- El artículo 29 del Decreto 407 de 2006.
- El artículo 29 del Decreto 1515 de 2007.
- El artículo 28 del Decreto 673 de 2008.
- El artículo 27 del Decreto 727 de 2009.
- El artículo 27 del Decreto 1530 de 2010.
- El artículo 27 del Decreto 1050 de 2011.

- El artículo 27 del Decreto 842 de 2012.
- El artículo 27 del Decreto 1017 de 2013.
- El artículo 27 del Decreto 187 de 2014.
- El artículo 27 del Decreto 1028 de 2015.
- El artículo 27 del Decreto 214 de 2016.
- El artículo 27 del Decreto 984 de 2017.
- El artículo 28 del Decreto 324 de 2018.
- El artículo 28 del Decreto 1002 de 2019.

Así mismo, se declare la nulidad del Oficio No. S-2020-035158/ DITAH – ANOPA 1.10 del 10 de agosto de 2020, mediante el cual la Policía Nacional negó la reliquidación del salario del demandante, incluyendo el subsidio familiar en un 30% del salario básico por concepto de su compañera permanente, un 5%, por su primera hija y un 4%, por su segundo hijo.

Igualmente, solicitó que se declare la nulidad del Oficio No. 589472 del 11 de septiembre de 2020, mediante el cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR le negó al actor la inclusión del subsidio familiar en un 39% del salario básico en la asignación mensual de retiro.

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

i) Reconocer y pagar al demandante la reliquidación del salario, donde se incluya la partida del subsidio familiar en un 39% de conformidad con los literales a) y c) del artículo 82, y el numeral 8 del artículo 140 del Decreto 1212 de 1990, bajo los siguientes parámetros:

- En un 30% del salario básico, correspondiente a su compañera permanente, Blanca Rocio Pantoja Chanchi, junto con los intereses e indexación que en derecho corresponda desde el 13 de octubre de 2006, fecha en que se declaró la existencia de la unión marital de hecho.
- En un 5% del salario básico, por concepto de su primera hija, Daniela Fernanda Giraldo Pantoja, junto con los intereses e indexación que en derecho corresponda desde el 31 de julio de 2000, fecha de nacimiento.

- En un 4% del salario básico, por concepto de su segundo hijo, Harbey Esteban Giraldo Pantoja, junto con los intereses e indexación que en derecho corresponda desde el 28 de mayo de 2007, fecha de nacimiento.

ii) Condenar a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional- CASUR a reconocer y pagar la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar como partida computable en un 39% del salario básico y se adicione el mismo a la hoja de servicios, de conformidad con el numeral 8 del artículo 140 del Decreto 1212 de 1990

iii) Reconocer y pagar los dineros indexados correspondientes a la diferencia que resulte entre el reajuste solicitado y las sumas canceladas por concepto de subsidio familiar hasta la fecha de reconocimiento.

iv) Pagar los intereses moratorios desde el reconocimiento del subsidio familiar en actividad, a partir de la ejecutoria de la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

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 como alumno del Nivel Ejecutivo el 03 de febrero de 1997, de conformidad con la orden administrativa 01046 del 11 de marzo mismo año, posteriormente a través de la Resolución 02297 del 04 de agosto de 1997, fue dado de alta como patrullero, a partir del 31 de julio de 1997.

1.2.2. Mediante las Resoluciones Nos. 0828 del 1 de septiembre de 2001 y 01012 del 31 de marzo de 2012, el actor ascendió a los grados de Subintendente e intendente, *respectivamente*.

1.2.3. A través de la Resolución 7874 del 13 de julio de 2019, se le reconoció y ordenó el pago de una asignación mensual de retiro, en cuantía equivalente al 81% de las partidas computables.

1.2.4. Que el actor trabajó un total de 23 años, 6 meses y 18 días, en la institución.

1.2.5. Que el demandante el 13 de julio de 2020, elevó petición ante la Dirección General de la Policía Nacional solicitando que se le reliquidara el salario mensual e incluyera la prima de subsidio familiar, en los porcentajes establecidos en los literales a) y c) del artículo 82, y el numeral 8 del artículo 140 del Decreto 1212 de 1990.

1.2.6. La Policía Nacional mediante el oficio No. S-2020-035158/ DITAH – ANOPA 1.10 del 10 de agosto de 2020, negó la anterior solicitud, tomando como sustento las normas vigentes del régimen salarial y prestacional de los miembros del Nivel Ejecutivo.

1.2.7. Que el demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación el 13 de agosto de 2020, bajo radicado E-2020-040293-DIPON, contra el anterior oficio, sin que a la fecha se hubiese dado respuesta al mismo.

1.2.8. Que el 13 de julio de 2020, el demandante elevó petición ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional- CASUR solicitando que se le reliquidara la asignación de retiro e incluyera la prima de subsidio familiar, en los porcentajes establecidos en los literales a) y c) del artículo 82, y el numeral 8 del artículo 140 del Decreto 1212 de 1990.

1.2.9. Que a través del acto administrativo No. Oficio No. 589472 del 11 de septiembre de 2020, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional- CASUR le negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable, fundamentando su decisión en el artículo 15 del Decreto 1091, argumentando que dichos instrumentos normativos no contemplan dicho aspecto.

1.2.10. Que el 13 de octubre de 2006, el actor declaró la existencia de la unión marital de hecho, con la señora Blanca Rocio Pantoja Chanchi.

1.2.11. Que el 31 de julio de 2000, nació su primera hija, Daniela Fernanda Giraldo Pantoja y el 28 de mayo de 2007, nació su segundo hijo, Harbey Esteban Giraldo Pantoja.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos los artículos 1, 4, 13, 42, 48 y 53 Constitucionales, los Decreto 0118 del 21 de junio de 1957, 609 y 613 de 1977; los artículos 1 y 2 de la ley 21 de 1982; literales a) y c) del artículo 82, artículo 100 y numeral 8 del artículo 140 del decreto 1212 de 1990; artículos 46 y literal e) del artículo 100 del Decreto 1213 de 1990.

Señala que el reconocimiento del subsidio familiar tenía como finalidad la protección de un Estado Social constitucional y democrático de derecho, esto es la familia, pero además de ello, se consideró que dicha protección económica debía circunscribirse a las personas que salarialmente eran menos favorecidas, expresándose de forma literal en la Constitución Política que debía ser implementado para los trabajadores que menor ingreso poseían en el sector privado y excepcionalmente en el público.

Sostuvo que se debe reconocer el subsidio familiar en un porcentaje del 39% de su salario básico, ya que no debe desconocerse que históricamente dicha prestación fue instituida para beneficiar a los sectores menos favorecidos salarialmente, tal como se ha señalado en varios pronunciamientos de diferentes estamentos judiciales cuando han fallado casos similares a la presente litis.

Manifestó que el Gobierno Nacional en atención a lo regulado en la Ley 66 de 1989 que concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República, profirió los Decretos 1212 y 1213 ambos de 1990, mediante los cuales se reconoció el subsidio familiar para los integrantes del nivel ejecutivo; sin embargo, al expedirse los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004, relegó a dichos miembros a ser los únicos trabajadores que no reciben el beneficio del subsidio familiar.

Señaló que el acto demandado está viciado de nulidad por transgredir el derecho a la igualdad, dado que existe discriminación respecto de la aplicación del reconocimiento del subsidio familiar para los miembros del nivel ejecutivo, ya que no es constitucional o legal que dicha aplicación deba emplearse de forma diferente entre las categorías que componen la institución Policial, toda vez que la prestación posee un fin especialísimo para el ordenamiento jurídico colombiano, el cual es proteger la familia como núcleo esencial del Estado, ratificado por la Ley 21 de 1982, el artículo 15 del Decreto 1091 del año 1995 y por la jurisprudencia Constitucional.

En ese sentido, afirmó que no existe justificación que permita validar la diferencia porcentual que se le reconoce a los Oficiales, Suboficiales y Agentes en cuanto de los miembros del Nivel Ejecutivo, ni sustento para que el subsidio familiar sea incluido como factor salarial para dicho personal, excluyendo directamente a los miembros del Nivel Ejecutivo y, en consecuencia, se debe proporcionar igual protección a quienes ostentan características idénticas.

Argumentó que la Jurisprudencia Constitucional en materia salarial y de pensiones ratificó que una vez alcanzado el nivel de protección de un derecho social existe prima facie la presunción de inconstitucionalidad de todo retroceso y la necesidad de realizar un juicio de constitucionalidad más severo, a través del test de no regresividad.

III. CONTESTACIÓN

3.1. CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR

La apoderada de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR, mediante escrito del **14 de diciembre de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Indicó que la normatividad aplicable al demandante no contempla el subsidio familiar por la compañera permanente; máxime, cuando no se encuentra en servicio activo, debido a que, a través de la Resolución No. 7874 del 13 de julio de 2019, se reconoció asignación mensual de retiro en un 81%, encontrando que la entidad demandada no está facultada para realizar reconocimiento de salarios y/o prestaciones que no están contempladas en las disposiciones que rigen la materia.

Manifestó que la entidad aplicó la norma vigente para el caso del actor una vez adquirió su derecho, además, conforme lo expresa la prohibición especialmente del parágrafo 49 del Decreto 1091 de 1995, no era procedente dar aplicación a lo normado en el Decreto 1213 de 1990, como pretende el actor, así como tampoco, a lo establecido en el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, como quiera que él, hace parte del nivel ejecutivo y no de Agentes o suboficiales, pues una vez se acogió al nivel ejecutivo, también asumió la norma que anteriormente se describió y la cual debía tomar la caja para la liquidar su asignación de retiro.

De otro lado, propuso la excepción de **inexistencia del derecho** en la cual señaló que el actor laboró en la Policía Nacional por el término de 22 años, 6 meses y 2 días, en el grado de Intendente, en consecuencia, se le reconoció asignación mensual de retiro, a partir del 11 de mayo de 2019, en cuantía equivalente al 81%, quien se homologó al nivel ejecutivo, voluntariamente, siendo su decisión un acto libre.

Precisa que la entidad demandada dio cumplimiento estricto a lo establecido en los Decretos Nos. 1091 de 1995, 4433 de 2004, 1858 de 2012 y 754 de 2019, 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.

3.2. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL

El apoderado del Ministerio De Defensa Nacional- Policía Nacional mediante escrito del **10 de marzo de 2021**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Señaló que con la expedición del Decreto 132 de 1995 “Por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”, se regularon aspectos como la jerarquía, clasificación y escalafón, condiciones generales de ingreso, formación, ascensos, sistema de evaluación, destinaciones, traslados, comisiones, licencias suspensión retiro, separación y reincorporación y, en su artículo 15, se contempló que el Personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional se someterá al régimen salarial y prestacional que determine el Gobierno Nacional.

Argumentó que el subsidio familiar para el nivel ejecutivo fue reglamentado en los artículos 15 a 21 del Decreto 1091 de 1995, como una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, con el fin de disminuir las cargas económicas que representan el sostenimiento de la familia, condición que ya no cumple el hoy demandante.

Manifestó que el actor decidió de manera libre y voluntaria hacer parte bajo la modalidad de incorporación directa del escalafón de la carrera del Nivel Ejecutivo, conociendo las normas que lo regulaban, que no son otras, que las contempladas en los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004.

De otro lado, propuso las excepciones de:

i) Acto administrativo ajustado a la Constitución y a la Ley: Señaló que el Oficio No. 2020-035158/ DITAH- ANOPA- 1.10 del 10 de agosto de 2020, fue estructurando atendiendo los presupuestos procesales de existencia, validez y eficacia procesal que debe tener todo acto emanado de la administración.

ii) Inexistencia del derecho y de la obligación reclamada: Indicó que la entidad demandada dio estricto cumplimiento a lo establecido en el 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 por el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 “Por el cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza

Pública”, normatividad aplicable para los miembros del Nivel ejecutivo de la Policía Nacional, como lo era el demandante, cuando se encontraba en servicio activo, razón por la cual el derecho pretendido es inexistente para el caso en litigio.

iii) Cobro de lo no debido: Afirmó que la entidad debe ser exonerada de reconocer y pagar lo deprecado en la presente controversia, toda vez que el actor se encuentra gozando de asignación de retiro y, en consecuencia, debe aplicarse el régimen señalado precedentemente, en virtud del principio de inescindibilidad, pues no es dable crear uno que le sea más favorable.

iv) Genérica: Manifestó que el fallador se encuentra facultado para que de manera oficiosa declare cualquier hecho que se encuentre debidamente demostrado, que constituya una excepción que favorezca a la entidad demandada y que no haya sido alegado expresamente en la contestación de la demanda.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

Mediante escrito del **6 de septiembre de 2021**, el apoderado del actor dentro de la oportunidad legal presentó alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio y luego de citar jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, señaló que el subsidio familiar por su especial finalidad no es una prebenda laboral cualquiera, teniendo en cuenta que su fin es la base que permite materializar lo establecido en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

Afirmó que el decreto 1091 de 1995 y el decreto 4433 de 2004, normas en las cuales las entidades demandadas se sustentan para negar el pago y reconocimiento del Subsidio Familiar, establecieron un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, sin tener justificación razonable para excluir a los miembros del Nivel Ejecutivo, lo cual resulta inaceptable a la luz de la

Constitución Política, y de los postulados del estado social de derecho, teniendo en cuenta que los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional tienen una mejor categoría y jerarquía al interior de la institución.

Argumentó que el actor tiene derecho a que se le cancele por concepto de subsidio familiar, los mismos porcentajes que se le cancelan al personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes, incluyendo el porcentaje que corresponde por su compañera permanente, teniendo en cuenta que este porcentaje fue excluido por parte del Gobierno Nacional, con la expedición del decreto 1091 de 1995, sin que existiera razón legal o constitucionalmente válida para que diera un trato diferencial frente a esta prestación para los miembros del Nivel Ejecutivo.

Señaló que los decretos 1212 y 1213 de 1990, son las normas que se debieron aplicar al actor, para efectos de la asignación de retiro, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estrado, la cual se ocupó de citar.

4.2. Partes demandadas

4.2.1. Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional

La mencionada entidad presentó alegatos de conclusión, a través de memorial del **10 de septiembre de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico, el mismo día, 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 en la asignación de retiro que devenga.

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 y 4433 de 2004.

4.2.2. Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional

El apoderado del Ministerio de Defensa – Policía Nacional dentro de la oportunidad legal, no presentó alegatos de conclusión.

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 las excepciones de **inexistencia del derecho, acto administrativo ajustado a la constitución y a la Ley, inexistencia del derecho y de la obligación reclamada, y cobro de lo no debido**, la primera, propuesta por las entidades demandadas y las restantes, exclusivamente por el Ministerio de Defensa-Policía Nacional, 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 las entidades demandadas, pero de ninguna manera impiden al Despacho resolver de fondo la controversia planteada, razón por la cual deben tenerse como alegaciones de la defensa y, por tanto, es preciso proferir fallo que resuelva la controversia.

Respecto a la excepción **genérica**, propuesta por el Ministerio de Defensa-Policía Nacional, advierte el Despacho que no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en el presente fallo.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.2.1. Resolución No. 0357 del 6 de febrero de 2019 “[p]or la cual se retira del servicio activo a un personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”.

5.2.2. Resolución No. 7874 del 13 de julio 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 81%.

5.2.3. Derecho de petición elevado ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional el 13 de julio de 2020, través del cual el actor solicitó el reajuste de su asignación de retiro, incluyendo como partida computable el subsidio familiar.

5.2.4. Derecho de petición elevado ante la entidad demandada el 13 de julio de 2020, a través del cual el actor solicitó el reajuste del salario mensual, incluyendo el subsidio familiar en un 39% de su salario básico, desde que se produjo el matrimonio y el nacimiento de cada uno de sus hijos, junto con la indexación.

5.2.5. Oficio No. S-2020-035158/ DITAH – ANOPA 1.10 del 10 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.

5.2.6. Recurso de reposición y en subsidio apelación radicado el 13 de agosto de 2020, en contra del anterior oficio.

5.2.7. Oficio No. 589472 del 2 de septiembre de 2020, mediante el cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR le negó al actor la inclusión del subsidio familiar en un 39% del salario básico a la asignación mensual de retiro.

5.2.8. Copia del desprendible de pago del actor, expedido por la Policía Nacional.

5.2.9. 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.

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

5.2.11. Escritura Pública No. 2626, expedida por el Notario Cincuenta y Ocho del Circuito Notarial de Bogotá, del 13 de octubre de 2006, donde consta que el actor y la señora Blanca Rocio Pantoja Chanchi, declararon unión marital de hecho.

5.2.12. Copias de los registros Civiles de Nacimiento de Daniela Fernanda Giraldo Pantoja y Harvey Esteban Giraldo Pantoja.

5.2.13. Certificación expedida por el Teniente Andrés Jota Gil Echeverri, en su calidad de Jefe del Grupo Administración Historias Laborales de la Policía Nacional, en la que consta el tiempo de servicios del demandante.

5.2.14. Petición del 17 de diciembre de 2018, mediante la cual, el actor solicitó al director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

5.2.15. Extracto de la hoja de vida del actor.

5.2.16. Fotocopia de la cédula de ciudadanía del demandante.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Tal como se determinó en providencia del 2 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 y 16 del Decreto 1091 de 1995, así como de los decretos que establecen los sueldos básicos para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, entre los años 2000 y 2019, **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; y **iii)** si el demandante tiene o no derecho a la reliquidación de su asignación de retiro, con la inclusión del subsidio familiar en los porcentajes establecidos en los mencionados decretos.

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

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 7º.- 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 1º 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 podían 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 someterían a los regímenes que determinara 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”.

En cuanto al reconocimiento de la asignación de retiro, dispuso:

“Artículo 51. *Asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de retiro de la Policía Nacional, se le pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 49 de este Decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas, en las siguientes condiciones:*

a) Al cumplir veinte (20) años de servicio y ser retirado por cualquiera de las siguientes causas:

- 1. Llamamiento a calificar servicio.*
- 2. Voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.*
- 3. Por disminución de la capacidad sicofísica para la actividad policial.*
- 4. Por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad los hombres y sesenta (60) años de edad las mujeres.”*

Así mismo, en el artículo 49 de dicha disposición legal, contempló las partidas para liquidar las prestaciones sociales unitarias y periódicas del personal del Nivel Ejecutivo, así:

“Artículo 49. *Bases de liquidación. A partir de la vigencia del presente decreto, al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que sea retirado del servicio activo, se le liquidará las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas.*

a) Sueldo básico;

b) Prima de retorno a la experiencia;

c) Subsidio de Alimentación;

d) Una duodécima parte (1/12) de la prima de navidad;

e) Una duodécima parte (1/12) de la prima de servicio;

f) Una duodécima parte (1/12) de la prima de vacaciones;

Parágrafo. *Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en los decretos 1212 y 1213 de 1990 y en el presente decreto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensionados, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales” (Negrillas del Despacho).*

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 2003¹, 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**.

Posteriormente, el artículo 17 de la Ley 797 de 2003, otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República, entre otras, para *“expedir normas con fuerza de ley para reformar los regímenes pensionales propios de las Fuerzas Militares y de Policía”* y, en consecuencia, el Gobierno expidió el Decreto **Ley 2070 del 25 de julio de 2003**, *“por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares”*, incluidos los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, en cuyo artículo 25, indicó:

“Artículo 25. *Asignación de retiro para el personal de la Policía Nacional. Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en*

¹ 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.

forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro...”.

Por su parte, el artículo 45, *ibídem* señaló la vigencia y derogatorias del aludido Decreto, así:

“Artículo 45. *Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, **deroga las demás disposiciones que le sean contrarias** y, en especial, los artículos 193 del Decreto-ley 1211 de 1990, 167 del Decreto-ley 1212 de 1990, 125 del Decreto 1213 de 1990, Ley 103 de 1912, y los artículos 39 y 40 del Decreto-ley 1793 de 2000”.* (Negrilla fuera del texto original).

Sin embargo, el Decreto Ley 2070 de 2003, fue declarado inexecutable por sentencia C-432 de 2004, argumentando la Corte Constitucional que de conformidad con los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 de la Constitución Política, el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública está reservado a las leyes marco, lo cual impide su expedición a través de un decreto con fuerza de ley.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 923 de 2004, *“mediante la cual se señalan normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de **asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública...**”*, cuyo artículo 3° reguló lo relacionado con la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública en general, incluidos los del Nivel Ejecutivo, de la siguiente manera:

“Artículo 3°. Elementos mínimos. *El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:*

3.1. *El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.*

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal” (subraya y negrita el Despacho).

En desarrollo de la Ley Marco 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 4433 de 2004, “*Por medio del cual se fija el régimen pensional y de **asignación de retiro** de los miembros de la Fuerza Pública*” y en el artículo 23, señaló:

“ (...)

ARTÍCULO 23. *Partidas computables. La **asignación de retiro**, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

(...)

23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

23.2.1 Sueldo básico.

23.2.2 Prima de retorno a la experiencia.

23.2.3 Subsidio de alimentación.

23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicio.

23.2.5 Duodécima parte de la prima de vacaciones.

23.2.6 Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales.”

Posteriormente, el Gobierno expidió el Decreto Reglamentario 1858 de 2012, “*por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional*”, el cual reguló lo relacionado con las partidas computables de la asignación de retiro del personal que ingresó a la institución antes del 1º de enero de 2005, así:

“ (...)

Artículo 3º. *Fijanse como partidas computables de liquidación dentro del régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó a la institución **antes del 1º de enero de 2005**, previsto en el presente decreto, las siguientes:*

1. Sueldo básico.

2. Prima de retorno a la experiencia.

3. Subsidio de alimentación.

4. Duodécima parte de la prima de servicio.

5. Duodécima parte de la prima de vacaciones.

6. Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Parágrafo. *Ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal a que se refiere este decreto, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones o las sustituciones pensionales.* (subraya y negrita el Despacho).

5.5. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa el señor Arbey Oswaldo Giraldo Herrera pretende que se ordene a las entidades demandadas que le reliquide el subsidio familiar que devengaba en actividad, y posteriormente se modifique su asignación de retiro, con la inclusión del subsidio familiar en los porcentajes establecidos 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, 16 y 49 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, entre los años 2000 a 2019, con el objeto de que se le reliquide en un 30% del salario básico, correspondiente a su compañera permanente, Blanca Rocio Pantoja Chanchi, en un 5% del salario básico, por concepto de su primera hija, Daniela Fernanda Giraldo Pantoja y en un 4% del salario básico, por concepto de su segundo hijo, Harvey Esteban Giraldo Pantoja.

Ahora bien, de la hoja de servicios que obra en el plenario, se advierte que el demandante laboró en la Policía Nacional, siendo retirado del servicio por solicitud propia y en el acápite de “**IV SERVICIOS PRESTADOS Y DEDUCCIONES**”, se consignó:

NOVEDAD	FECHA INICIO	FECHA TERMINO	TOTAL A M D
AUXILIAR DE POLICÍA	27/01/1995	25/01/1996	00/11/28
ALUMNO DEL NIVEL EJECUTIVO	17/02/1997	31/07/1997	00/05/14
NIVEL EJECUTIVO	01/08/1997	11/02/2019	21/06/10
ALTA TRES MESES	11 de febrero de 2019	11 de mayo de 2019	0-3-0
DIFERENCIA AÑO LABORAL RAL DECRETO 1091 DEL 27 DE JUNIO DE 1995			0-4-2
TOTAL TIEMPO			23-6-24

En ese sentido, se desprende que el actor ingresó a la Policía Nacional el 27 de enero de 1995, como Auxiliar de Policía, del 17 de febrero de 1997 al 31 de julio de 1997, como alumno, **incorporándose directamente al Nivel Ejecutivo** desde el 1 de agosto de 1997 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 corresponde al 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 de salario expedidos anualmente por el Gobierno Nacional, se establece el monto que debe ser cancelado por este concepto.

En este sentido, se encuentra acreditado que el demandante declaró la unión marital de hecho con la señora Blanca Rocio Pantoja Chanchi el 13 de octubre de 2006, tal como se desprende de la Escritura Pública No. 2626, expedida por el Notario Cincuenta y ocho del Circulo Notarial de Bogotá, visible a folios 47 a 49 del expediente; igualmente, está demostrado que de dicho vínculo nacieron Daniela Fernanda y Harvey Esteban Giraldo Pantoja, según lo contenido en los Registros Civiles de Nacimiento, obrantes a folio 49 y 50 del plenario.

Así mismo, del desprendible de pago expedido 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 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 Defensa², 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,

² 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

reúna los requisitos académicos y de experiencia exigidos por el ordenamiento jurídico.

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.

5.5.1. De la reliquidación de la asignación de retiro.

Ahora bien, frente a la reliquidación de la asignación de retiro, se advierte que a través de la Resolución No. 7874 del 13 de julio de 2019, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le reconoció al actor una asignación mensual de retiro equivalente al 81% del sueldo básico de un intendente con las partidas señaladas en el artículo 3 del Decreto 1858 de 2012, esto es: prima de retorno a la experiencia, las duodécimas partes de las primas de servicios, vacaciones y navidad, así como el subsidio de alimentación.

Ahora bien, de conformidad con el marco normativo expuesto anteriormente, se advierte que tanto para la fecha en que el demandante ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional -1 de agosto de 1997- como al momento de su retiro -11 de mayo de 2019-, se encontraba vigente el **Decreto** 1858 de 2012, por medio del cual se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de la Policía Nacional, el cual en el artículo 3 regulaba

el reconocimiento y pago de las partidas computables, para el personal del Nivel Ejecutivo incorporado con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, tal como lo preceptuó el artículo 2°, así:

“Artículo 2°. Régimen común para el personal del Nivel Ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa. Fijase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa *hasta el 31 de diciembre de 2004*”

Por su parte el artículo 3 del mencionado Decreto 1858, señaló taxativamente las partidas computables en la asignación de retiro del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, en los siguientes términos:

“ (...)”

Artículo 3°. Fijanse como partidas computables de liquidación dentro del régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó a la institución antes del 1° de enero de 2005, previsto en el presente decreto, las siguientes:

1. Sueldo básico.
2. Prima de retorno a la experiencia.
3. Subsidio de alimentación.
4. Duodécima parte de la prima de servicio.
5. Duodécima parte de la prima de vacaciones.
6. Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Parágrafo. Ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal a que se refiere este decreto, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones o las sustituciones pensionales.”

Por consiguiente, se observa que CASUR aplicó al actor el régimen previsto para el personal del Nivel Ejecutivo que no es otro, que el contemplado en el Decreto 1858 de 2012, reconociendo en la asignación de retiro la prima de retorno a la experiencia, las duodécimas partes de las primas de servicios, vacaciones y navidad, así como el subsidio de alimentación, normatividad que taxativamente dispuso que ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal de dicho nivel, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones o las sustituciones pensionales.

En consecuencia, el señor Arbey Oswaldo Giraldo Herrera, al incorporarse al Nivel Ejecutivo quedó cobijado por las disposiciones propias del mismo, **por lo que no es posible incluir en su asignación de retiro la partida computable del subsidio familiar** prevista en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, al no encontrarse taxativamente en el artículo 3 del Decreto 1858 de 2012.

5.4.1 DE LA APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS PARÁGRAFOS DE LOS ARTÍCULOS 15 Y 49 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 1091 DE 1995 Y 3° DEL DECRETO 1858 DE 2012.

En primer lugar, es menester precisar que la parte actora, solicitó que se inapliquen los parágrafos de los artículos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995 y 3° del Decreto 1858 de 2012; sin embargo, como se señaló líneas atrás, al señor Arbey Oswaldo Giraldo Herrera, le resulta aplicable el citado artículo 3° del Decreto 1858 de 2012, para efectos de determinar las partidas computables en su asignación de retiro, razón por la cual el Despacho se relevará del estudio de las demás disposiciones deprecadas.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el artículo 148 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Juez Contencioso Administrativo se encuentra facultado para inaplicar una norma, cuando esta atente contra las disposiciones constitucionales o se contraponga una norma con fuerza material, decisión que solo producirá efectos inter partes, puesto que no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida, ya que se aplica para el caso concreto, sin anular en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución o la Ley.

No obstante, esta Juzgadora considera que lo que se debate en el presente proceso es la existencia de una presunta omisión regulatoria en la expedición del parágrafo del artículo 3 del Decreto 1858 de 2012, sobre el cual se pretende su inaplicación en la presente controversia, discusión que, vale la pena resaltar, fue dirimida por el Órgano de Cierre de la

Jurisdicción Contenciosa Administrativa, a través de la acción de simple nulidad.

Al respecto, en la mencionada sentencia del 25 de noviembre de 2019, el Consejo de Estado, al realizar el control de legalidad, entre otros, del artículo 3° del Decreto 1858 de 2012, refirió **que no era dable contemplar el subsidio familiar como partida computable, para liquidar las prestaciones sociales de los miembros del Nivel Ejecutivo**, así:

“El «subsidio familiar» y la «prima del nivel ejecutivo» no constituyen salario.

62. Luego de examinar las normas que regulan lo relacionado con el concepto de salario y la determinación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, la Sala encuentra a partir de lo dispuesto en los artículos 8, 16 y 51 del Decreto 1029 de 1994,[98] 7, **15 y 49 del Decreto 1091 de 1995,[99]** 23 del Decreto 4433 de 2004[100] **y 3° del Decreto 1858 de 2012,[101]** en los que el Gobierno Nacional señaló, que la «prima del nivel ejecutivo» y el «**subsidio familiar**» no tienen carácter salarial, cuya nulidad piden los demandantes, **no desconocen las normas que consagran el concepto de salario.**

63. Así, como lo reconoce el mismo demandante, tanto **el «subsidio familiar»** como la «prima del nivel ejecutivo», **desde el mismo momento de la creación del Nivel Ejecutivo al interior de la Policía Nacional, carecen de la naturaleza o el carácter salarial que en esta oportunidad se reclama, debido a que ambas constituyen prestaciones sociales cuyo propósito no es el de retribuir directamente la prestación del servicio, sino auxiliar al servidor público en las cargas económicas que requiere el sostenimiento de su núcleo familiar.**

64. En consecuencia, se establece que los decretos parcialmente acusados **se ajustan a los criterios señalados por el legislador en el artículo 2° de la Ley 4ª de 1992,[102]** para efectos de determinar los factores salariales, expuestos en el acápite precedente. Por el contrario, **atribuirle carácter salarial a una determinada prestación, por vía judicial, cuando el Gobierno Nacional en el respectivo decreto salarial determinó lo contrario, podría alterar el marco general de la política macroeconómica y fiscal, así como las limitaciones presupuestales de la entidad.**

65. En este sentido, **resulta razonable que el «subsidio familiar» y la «prima del nivel ejecutivo» no constituyan salario ni factor salarial para ningún efecto, por disposición expresa del Gobierno Nacional, atendiendo a los parámetros legales establecidos en los artículos 2 de la Ley 65 de 1946,[103] 42 del Decreto Ley 1042 de 1978,[104] 10 del Decreto Ley 1160 de 1989,[105] 14 de la Ley 50 de 1990[106] y el Convenio 95 de la OIT aprobado por la Ley 54 de 1962 y la Ley 4ª de 1994.[107]**” (Negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, este Despacho deberá negar la reliquidación de la asignación de retiro del actor, con la inclusión del subsidio familiar, pues tal como se indicó en la sentencia citada precedentemente, no está demostrado que efectivamente se haya presentado un trato distinto a sujetos semejantes, ya que los miembros del Nivel Ejecutivo y los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, ejercen funciones distintas y, por ende, las prestaciones a las que tienen derecho se determinan por regímenes especiales aplicables a cada uno, razón por la cual, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos demandados.

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

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo
Juez
Juzgado Administrativo
018
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado
con plena validez jurídica,
Ley 527/99 y el decreto

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
DE BOGOTÁ D.C.

Notificación por estado

La providencia anterior se notificó por ESTADO N°
029 de hoy 22 de octubre de 2021, a la hora de las
8.00 A.M.



Laura Marcela Rolón Camacho
Secretaria

Vasquez

con firma electrónica y cuenta
conforme a lo dispuesto en la
reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b1bafa9e6c4dbcace42ddd547fc30ef181d7fc5f19d2073c28c50792c12fbc6**

Documento generado en 18/10/2021 10:20:56 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., veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2021-00081-00**
Demandante: DANIELA VECIL OTÁLORA
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **DANIELA VECIL OTÁLORA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 53.910.461, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

-Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 30 de noviembre de 2019, frente a la petición elevada el 30 de agosto de 2019, por medio de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la ley 1071 de 2006, por el pago tardío de una cesantía parcial.

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

(i) 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 de los intereses moratorios, a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que efectuó el pago de la sanción moratoria reconocida en la sentencia.

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

1.2. HECHOS

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

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

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

1.2.3. Por laborar como docente en los servicios educativos estatales, la actora le solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 8 de septiembre de 2016, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Por medio de la Resolución No. 0061 del 6 de enero de 2017, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 24 de marzo de 2017, por intermedio de entidad bancaria.

1.2.5. El artículo 4° de la Ley 1071 de 2006, estableció que dentro de los 15 hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley y el artículo 5° ibídem, contempló que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, 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 8 de septiembre de 2016, siendo el plazo para cancelarlas el día 21 de diciembre de 2016, pero se realizó el 24 de marzo de 2017, por lo que trascurrieron 93 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 30 de agosto de 2019, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial con el objeto de llegar a acuerdos sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

II NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

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

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

Manifiesta que con la declaratoria de la Ley 1071 de 2006, se buscó que una vez el empleador quedara cesante en su empleo, éste pudiera tener unos recursos rápidos para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos o al momento que perdiera su trabajo, igualmente la protección de que el trabajador pudiera obtener su pago de la cesantía antes de los 65 días, después de radicada la solicitud, la cual fue ampliada a las cesantías parciales.

Así mismo, la referida Ley estableció los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía del actor, los cuales están siendo burlados por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 65 días después de haber realizado la

petición, haciéndose el Fondo Prestacional del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **28 de junio de 2021**, allegado vía correo electrónico el 29 del mismo mes y año, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

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

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

De otro lado, propuso las siguientes excepciones:

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

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

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

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

La apoderada de la parte actora mediante escrito allegado el **23 de septiembre de 2021**, remitido vía correo electrónico dentro de la oportunidad legal, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso i) la calidad de docente 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 a la actora 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.

En punto a la solicitud de indexación de la condena solicita la aplicación de la sentencia del 26 de agosto de 2019, desde el 24 de marzo de 2017 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. 20211182526431 del 21 de septiembre de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico el mismo día, señaló que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en **92** 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.

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

4.3. Ministerio Público

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

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:

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

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

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.2.1. Resolución No. 061 del 6 de enero de 2017, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 8 de septiembre de 2016.

5.2.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2019-140021 del 30 de agosto 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. Certificación expedida por la Fiduprevisora S.A, donde hace constar que el pago de las cesantías quedó a disposición de la demandante el 24 de marzo de 2017.

5.2.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 28 de enero de 2021, en la Procuraduría 1° Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en la providencia proferida el 9 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 30 de agosto 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 a la indexación frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamadas.

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 30 de agosto 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 30 de agosto de 2019 (fls. 12 a 14), tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

(...)”.

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

Mediante la **Ley 244 del 29 de diciembre de 1995**, se estableció la

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

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

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

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, *“Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”* estableció en su artículo 4° que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías **definitivas o parciales**, por parte de los petitionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley”*. (Negrillas del Despacho)

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

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías **definitivas o parciales** de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.” (Negrillas fuera del texto original)

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

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

5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia CE-SUJ-012 SU del 18 de julio de 2018, proferida dentro del proceso No 73001-23-33-000-2014-00580-01, Demandante Jorge Luis Ospina Cardona, Demandados: Nación-Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima **UNIFICÓ** los siguientes aspectos en torno al tema de la sanción moratoria: i) la categoría de servidor público de los docentes, ii) la exigibilidad de la sanción por mora, iii) el 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 Daniela Vecil Otálora, ostenta la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación Distrital- sistema general de participaciones- Colegio Rodolfo Llinás, 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. 061 del 6 de enero de 2017, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **8 de septiembre 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 **29 de septiembre de la misma anualidad**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **6 de enero de 2017**, es decir, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **9 de septiembre 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 **21 de diciembre de 2016**, suma que quedó a disposición de la actora desde el **24 de marzo de 2017**, como consta en el oficio expedido por la FIDUPREVISORA S.A., obrante en el expediente, incurriéndose en mora del **21 de diciembre de 2016 al 23 de marzo de 2017**.

5.5.3. Salario base de liquidación.

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

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

Por su parte, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las cesantías definitivas, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en la que finalizó la relación laboral, por cuanto

al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas.

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

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de la entidad empleadora comprende dos anualidades (**21 de diciembre de 2016 al 23 de marzo de 2017**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en el mes de diciembre de 2016 y de enero a marzo de 2017.

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)”.

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

“(...)”

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que ‘(...) Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.(...)’, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) si hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

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

(...)”.

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

Así las cosas y dado que esta Juzgadora era del criterio que en ningún caso había lugar a la indexación moratoria, 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 **25 de marzo de 2017** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la señora Daniela Vecil Otálora el 30 de agosto 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 **21 de diciembre de 2016 y el 23 de marzo de 2017**.

El valor del salario es el vigente para el mes de diciembre de 2016 y de enero a marzo de 2017, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y años.

5.6. PRESCRIPCIÓN

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

integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”³; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”⁴; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁵.

De conformidad con la normatividad en mención, la demandante contaba con tres años para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de su cesantía parcial, término que inició a correr 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 parcial, se hizo exigible a partir del **21 de diciembre de 2016** y la señora Daniela Vecil Otálora formuló reclamación administrativa el **30 de agosto de 2019**, en tanto la demanda se presentó el **24 de marzo 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,

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

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

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta respecto de la petición elevada el **30 de agosto de 2019**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2019-140021.

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-2019-140021 del 30 de agosto 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 **DANIELA VECIL OTÁLORA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.910.461, 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 **21 de diciembre de 2016 y el 23 de marzo de 2017**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para el mes de diciembre de 2016 y de enero a marzo de 2017, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y años.

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 **25 de marzo de 2017 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin costas a cargo de la parte demandada.

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

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 029 de hoy 22 de octubre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA BOLÓN 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:

**4b2bd048e01f6a3564f48ee35c40a43b53138b27d583f97dddb29244eff350
56**

Documento generado en 18/10/2021 08:08:00 a. m.

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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



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

Bogotá D. C., veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-2020-00052-00
Demandante: SANDRA MILENA LEÓN MORENO
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **SANDRA MILENA LEÓN MORENO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.826.759 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

(i) Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 4 de septiembre de 2019, frente a la petición elevada el 4 de junio de 2019, por medio de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías.

(ii) Declarar 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.

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 a la demandante los intereses moratorios que se causen a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia que se profiera en el proceso, hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria reclamada.

(v) Dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

(vi) Condenar en costas a la parte demandada conforme con lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A. y el C. G. del P.

1.2. HECHOS

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

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

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

1.2.3. Que por laborar como docente en los servicios educativos estatales, la actora le solicitó al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 24 de diciembre de 2015, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Que por medio de la Resolución No. 2147 del 21 de abril de 2016, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 26 de agosto de 2016, por intermedio de entidad bancaria.

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

1.2.6. Que la actora solicitó la cesantía el 24 de diciembre de 2015, siendo el plazo para pagarla el día 8 de abril de 2016, pero se realizó el 26 de agosto de 2016, por lo que trascurrieron 137 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 4 de junio de 2019, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

1.2.8. Una vez presentada la reclamación administrativa trascurrieron más de tres meses, sin que la entidad diera respuesta, configurándose el acto ficto o presunto negativo de que trata el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

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

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

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

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

Agrega que el espíritu de la Ley 1071 de 2006, al establecer los términos perentorios 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 70 días después de haber realizado la petición, haciéndose el Fondo Prestacional del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

Aduce que la contabilización adicional de los 10 días, a los 60 días que contempla la ley señalada anteriormente, con el objeto de agotar el procedimiento de reconocimiento y pago de la cesantía, obedece a la necesidad de contabilizar el término necesario para que el acto administrativo que reconoció la prestación quede debidamente ejecutoriado conforme lo establece la ley.

III. CONTESTACION

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **15 de abril 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: 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.

De otra parte, indicó que respecto al caso en concreto se evidenció lo siguiente: i) Que la fecha de solicitud de las cesantías fue el día 24 de diciembre de 2015, ii) que los 70 días para el reconocimiento y pago de dicha prestación fenecieron el 4 de agosto de 2016 iii) la fecha en la cual efectivamente se realizó el pago fue el 26 de agosto de 2016, y iv) el número de días de mora son 21.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte Demandante

El apoderado de la parte actora mediante escrito allegado el **23 de septiembre de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso: i) la calidad de docente de la demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías, iii) el acto mediante el cual se reconoció la cesantía definitiva, iv) la fecha en que se le canceló la prestación reconocida y v) la mora en el pago de la prestación.

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

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211182521211 del 21 de septiembre de 2021**, allegado vía correo electrónico el mismo día, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, señalando que 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 **21** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

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

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

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

4.3. Ministerio Público

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

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:

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

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

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.2.1. Resolución No. 2747 del 21 de abril de 2016, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 24 de diciembre de 2015.

5.2.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2019-93080, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través del cual la actora deprecó el reconocimiento y pago de la sanción por mora.

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

5.2.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 9 de diciembre de 2019, en la Procuraduría Primera Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en la providencia proferida el 9 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 4 de junio de 2019, ii) si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamada por la actora.

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 el 4 de junio 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 4 de junio de 2019, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

(...)”.

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

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

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

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

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, *“Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”* estableció en su artículo 4° que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación*

*de la solicitud de liquidación de las cesantías **definitivas o parciales**, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley”. (Negrillas del Despacho)*

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

*PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías **definitivas o parciales** de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.” (Negrillas fuera del texto original)*

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

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

5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

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

“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías. Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

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

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

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

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

(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

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

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 Sandra Milena León Moreno, ostentó la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía definitiva, prestaba sus servicios como docente de vinculación Distrital -SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES, 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. 2147 del 21 de abril de 2016, la demandante solicitó el pago de sus cesantías definitivas el **24 de diciembre de 2015**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **19 de enero de 2016**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **21 de abril de 2016**, esto es, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **28 de diciembre de 2015**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías definitivas debió realizarse a más tardar el **8 abril 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 en el expediente, incurriéndose en mora del **8 de abril de 2016 al 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.

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

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

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

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

(...)

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

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

eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.

(...)”.

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

“(..)

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que ‘(...) Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.(...)’, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1)si hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2)quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3)aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

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

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

(...)

Así las cosas y dado que esta Juzgadora era del criterio que en ningún caso había lugar a la indexación moratoria, 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 de oficio la excepción de prescripción extintiva del derecho, 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 2010³, sobre el fenómeno prescriptivo, advirtió:

“(…)

Prescripción de Derechos

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

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

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

En el caso particular de la señora Sandra Milena León Moreno, se encuentra debidamente acreditado que presentó la petición de liquidación de sus cesantías definitivas ante el Fondo Nacional de

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

Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación de Bogotá el **24 de diciembre de 2015** y que el pago debió realizarse a más tardar el **8 de abril 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 **8 de abril 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 **4 de junio 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 de oficio 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 de oficio la excepción de prescripción extintiva del derecho, 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.

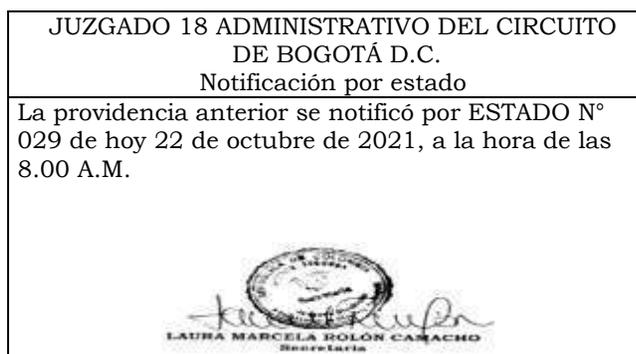
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora excepto los ya causados, a petición de la misma.

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:

**399ee2e88d45a3ac7c053712b788f5bb258cbb5f58c400967f11cdf259b909
ec**

Documento generado en 18/10/2021 06:48:39 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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