



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

Bogotá, D.C., tres (3) de junio de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00368-00**  
**Demandante: LUZ ADRIANA RAMÍREZ MALDONADO**  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO  
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **LUZ ADRIANA RAMÍREZ MALDONADO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.865.141, 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 configurado el acto ficto o presunto negativo en razón a que la entidad demandada, en el Oficio No. S-2019-35927 del 22 de febrero de 2019, no hizo pronunciamiento de fondo frente a la petición del 21 de febrero de la misma anualidad, por medio de la cual se deprecó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la Ley 1071 de 2006 y trasladó la solicitud a la Fiduprevisora S.A.
- ii) Declarar configurado el acto ficto o presunto negativo, en razón a que la entidad demandada no emitió pronunciamiento de fondo frente a

la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la Ley 1071 de 2006.

iii) Declarar la nulidad del acto ficto o presunto negativo generado por el silencio administrativo de la entidad demandada, respecto al reconocimiento y pago de la sanción por mora.

iv) Subsidiariamente, declarar la nulidad del Oficio No. No. S-2019-35927 del 22 de febrero de 2019, por medio del cual la entidad demandada le negó a la actora el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la Ley 1071 de 2006.

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

v) Pagar la sanción por mora en el pago de la cesantía parcial, desde la expedición del acto administrativo que ordenó el reconocimiento de la misma a favor de la actora.

vi) Reconocer y pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de los reajustes solicitados de acuerdo al IPC, desde el momento del reconocimiento de las cesantías y hasta que se haga efectivo el pago.

vii) Condenar en costas y agencias en derecho, las cuales se deben fijar en tres (3) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

## **1.2 HECHOS**

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

**1.2.1** Que labora como docente del Magisterio Oficial del Bogotá, desde el 9 de mayo de 1997, con reporte de cesantías al 30 de diciembre de 2015.

**1.2.2** Que mediante escrito del 20 de octubre de 2016, bajo radicado No. 2016-CES-384675, solicitó a FONPREMAG el reconocimiento y pago de la cesantía parcial a las que tenía derecho.

**1.2.3** Que la Secretaría de Educación de Bogotá, a través de la Resolución No. 0739 del 9 de febrero de 2017, reconoció y ordenó el pago de la cesantía parcial a favor de la demandante.

**1.2.4** Que desde el momento en que la actora radicó la petición de reconocimiento y pago de la cesantía parcial y hasta la fecha en que se emitió la resolución, transcurrieron un total de 184 días, configurándose una mora en la expedición del acto administrativo de 173 días.

**1.2.5** Que la Fiduprevisora S. A. realizó el pago el 24 de abril de 2017, tal como consta en la certificación No. 1010403 del 4 de junio de 2019, remitida a la demandante con el Oficio No. 20191171189801 de la misma fecha.

**1.2.6** Que desde que la demandante radicó la petición de reconocimiento y pago de la cesantía parcial y hasta la fecha que se hizo el pago de la misma, transcurrieron un total de 184 días, configurándose una mora en el pago de la cesantía de 81 días.

**1.2.7** Que mediante petición del 21 de febrero de 2019, radicada bajo No. E-2019-35551, le solicitó a FONPREMAG el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006.

**1.2.8** Que a través del Oficio No. S-2019-35927 del 22 de febrero de 2019, dicha entidad indicó que no es competente para resolver la petición, respecto al reconocimiento y pago de la sanción por mora y, en consecuencia, remitió la solicitud a la Fiduprevisora.

**1.2.9** Que la actora presentó conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación, la cual se llevó acabo el día 2 de septiembre de 2019, ante la Procuraduría 139 Judicial II para Asuntos Administrativos, declarándose fallida.

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

La parte actora estima desconocidos los artículos 2, 13, 16, 25, 29, 48, 53, 58 y 228 Constitucionales; Leyes 57 y 153 de 1887, 91 de 1989, 4ª de 1992, 244 de 1995 y 1071 de 2006, el Decreto 2277 de 1979 y demás normas concordantes y pertinentes.

Sostiene que la actora tiene derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de la cesantía, regida por un régimen especial, en una suma equivalente a un día de salario a partir del plazo establecido para su reconocimiento y pago, donde debe considerarse los medios de prueba que la Ley señala como válidos y pertinentes, derecho que se constituye genéricamente en un bien, que fue desprotegido en el *sub lite*, contrariando el mandato del artículo 2º de la Constitución Nacional; de la misma manera al ser la cesantía un derecho derivado de la relación laboral, se pretermitió el artículo 25 de la Carta Magna, que ordena para el trabajo una especial protección por parte del Estado.

Manifiesta que se dejó de aplicar lo establecido en la Ley 1071 de 2006, que contempla los requisitos y la forma como debe liquidarse la cesantía de los empleados oficiales, por el contrario, se aplican normas procedimentales diferentes, que dieron lugar a la negación del reconocimiento de la sanción por mora en el pago de la cesantía que son desfavorables en cuanto a la validez probatoria y la forma de liquidación.

Aduce que su representada cumplió con los requisitos legales para ser beneficiaria del reconocimiento de la sanción por mora en el pago de la cesantía regida por la Ley 1071 de 2006, por lo que este derecho se encuentra tutelado legalmente, pretermitiéndose por tanto lo establecido en el artículo 58 Constitucional, que garantiza los derechos adquiridos con justo título, así como las Leyes 57 y 153 de 1887, que establecen los principios rectores de interpretación y aplicación de las Leyes.

## **III. CONTESTACIÓN**

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **12 de marzo de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las siguientes excepciones:

**i) Falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduciaria la Previsora S. A.:** Indicó que la Fiduprevisora actúa únicamente como vocera y administradora del patrimonio autónomo – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud del contrato de Fiducia Mercantil contenido en la Escritura Pública No. 0083 del 21 de junio de 1990, celebrado en la Notaria 44 del Circulo de Bogotá, entre dicha entidad y el Ministerio de Educación Nacional, el cual ha sido prorrogado sucesivamente y a la fecha se encuentra vigente, razón por la cual debe ser desvinculada del *sub examine*.

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

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

Por su parte, el apoderado del actor, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **22 de enero de 2021**<sup>1</sup>, describió el traslado de las referidas excepciones, en forma oportuna, oponiéndose a su prosperidad.

---

<sup>1</sup> Se toma dicha fecha, dado que el escrito fue enviado por correo electrónico fuera de la jornada laboral, esto es, “jueves, 21 de enero de 2021 **10:03 p.m**” (negrita del Despacho).

## **IV. ALEGATOS**

### **4.1. Parte Demandante**

El apoderado de la parte actora, a través de escrito aportado el **26 de abril 2021**, vía correo electrónico, reiteró los argumentos expuestos en el libelo demandatorio y a su vez señaló que la entidad demandada al demorar en forma injustificada el pago de la cesantía reconocida, violó lo establecido en la Ley 1071 de 2006 y, en consecuencia, se debe condenar a reconocer y pagar a favor de la demandante los días de mora, esto es, desde el 2 de febrero de 2017 (al día siguiente al finalizar el plazo de los 70 días hábiles, que tenían la accionada desde la radicación de la solicitud inicial, para expedir el acto administrativo y cancelar las respectivas cesantías parciales), hasta el día 23 de abril de la misma anualidad (día anterior a la fecha de pago), para un total de 81 días que multiplicado por \$99.441,00 m/cte., correspondiente al promedio del día de salario, arroja un total de \$8.054.691,00 m/cte.

### **4.2. Parte demandada**

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el No. **20211181027821 del 6 de mayo 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 **81** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

No obstante lo anterior, solicita no acceder a la indexación de la sanción moratoria, de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, jurisprudencia que determinó que la indexación tiene su fundamento en el fenómeno económico derivado del proceso de la depreciación de la moneda, mientras que la sanción moratoria nace como penalidad por el pago tardío de las cesantías, concluyendo que la indexación de la sanción moratoria no es procedente

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

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

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

#### **4.3. Ministerio Público.**

Se advierte que la señora Procuradora Delegada ante el Despacho no rindió concepto.

### **V. CONSIDERACIONES**

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

Respecto a la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduciaria la Previsora S. A.**, basta mencionar que, a través de auto del 8 de octubre de 2019, se admitió el presente medio de control únicamente en contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo tanto, la Fiduprevisora S. A. no se encuentra vinculada al proceso y, en ese sentido, la excepción propuesta es improcedente.

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

En relación con la **imposibilidad de condena en costas**, cabe advertir que no constituye un medio exceptivo, sino es 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. 0739 del 9 de febrero de 2017, mediante la cual la Secretaría de Educación Distrital reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 20 de octubre de 2016.

**5.2.2.** Derecho de petición radicado bajo el No. E-2019-35551 del 21 de febrero 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.

**5.2.3.** Oficio No. S-2019-35927 del 22 de febrero de 2019, a través del cual la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le comunicó a la demandante que los intereses por mora en el pago de la cesantía no son una prestación que se deba ser reconocida por acto administrativo y remite la solicitud a la Fiduprevisora.

**5.2.4.** Certificación expedida por la Fiduprevisora S. A., donde hace constar que el pago de las cesantías parciales quedó a disposición de la demandante el 24 de abril de 2017.

**5.2.5.** Certificados de Salarios y de Historia Laboral de la actora, expedidos por la Secretaría de Educación de Bogotá.

**5.2.6.** Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la demandante.

**5.2.7.** Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 2 de septiembre de 2019, en la Procuraduría 139 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 la demandante el 21 de febrero 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 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 **21 de febrero 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 21 de febrero 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.*

*(...).”*

Lo anterior, obedece a que mediante el oficio No. S-2019-35927 del 22 de febrero de 2019, la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio informó que trasladaba a la Fiduciaria la Previsora S.A. la petición radicada por la demandante el 21 del mismo mes y año, por ser la encargada de reconocer y pagar los intereses moratorios, con el fin de que resolviera de fondo la petición.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017<sup>2</sup>, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

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

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

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

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

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

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 Luz Adriana Ramírez Maldonado, ostenta la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación Distrital 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, IED General Gustavo Rojas Pinilla, 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. 0739 del 9 de febrero de 2017, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **20 de octubre 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 **11 de noviembre de 2016**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **9 de febrero de 2017**, esto es, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **21 de octubre 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 **1 de febrero de 2017**, suma que quedó a disposición de la actora desde el **24 de abril de dicha anualidad**, como consta en la

certificación expedida por la Fiduprevisora S. A., incurriéndose en mora del **1 de febrero de 2017 al 23 de abril del mismo año.**

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

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

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

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

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

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de la entidad empleadora comprende una anualidad (**1 de febrero al 23 de abril de 2017**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de **febrero a abril 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**<sup>3</sup>, dicha Corporación Judicial se ocupó de precisar la frase consignada en la sentencia arriba citada que indica “...Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.”, debido a que había lugar a varias interpretaciones, señalando sobre el particular:

---

<sup>3</sup> Sección Segunda – Subsección “A” Exp. No. 68001-23-33-000-2016-00406-01, No. Interno: 1728-2018, Demandante: Aurora del Carmen Rojas Álvarez Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, M.P. William Hernández Gómez.

“(...)

*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 **25 de abril 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 Luz Adriana Ramírez Maldonado el 21 de febrero 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 **1 de febrero de 2017 y el 23 de abril de la misma anualidad.**

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

## **5.6. PRESCRIPCIÓN**

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

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.

<sup>4</sup> **ARTÍCULO 41.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

<sup>5</sup> **ARTÍCULO 102. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.** 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

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

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

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 **1 de febrero de 2017** y la señora Luz Adriana Ramírez Maldonado formuló reclamación administrativa el **21 de febrero de 2019**, en tanto la demanda se presentó el **6 de septiembre de la misma anualidad**, 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 **21 de febrero de 2019**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2019-35551.

**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-2019-35551 del 21 de febrero 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 **LUZ ADRIANA RAMÍREZ MALDONADO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.865.141, 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 **1 de febrero de 2017 y el 23 de abril de la misma anualidad**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

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

**CUARTO:** La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **25 de abril de 2017 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C. P. A. C. A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

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

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

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 014 de hoy 4 de junio de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO BOGOTÁ

**Firmado Por:**

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ**

**JUEZ**

**JUZGADO 018 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-**

**SANTAFE DE BOGOTA 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:

**ab96f5f8f4b4321a2195055d7f8acde0dc382c1e59829e4d3d25ec835d54b9  
c8**

Documento generado en 02/06/2021 10:34:04 AM

**Valide éste 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., tres (3) de junio de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00375-00**  
**Demandante: GILDARDO PAVA SANTAMARIA**  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO  
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO  
Asunto: SENTENCIA

---

El señor **GILDARDO PAVA SANTAMARIA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.469.348, 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 el demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 8 de febrero de 2019, frente a la petición elevada el 8 de noviembre 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.

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

- ii) 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.
- iii) 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.
- iv) Dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C. P. A. C. A.
- v) Condenar en costas a la parte demandada conforme con lo estipulado en el artículo 188 del C. P. A. C. A. y 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 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, el actor le solicitó al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 3 de febrero de 2017, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

**1.2.4.** Que por medio de la Resolución No. 4174 del 24 de mayo de 2017, le fueron reconocidas las cesantías al actor, las cuales fueron canceladas el 27 de julio del mismo año, por intermedio de entidad bancaria.

**1.2.5.** Que el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006, estableció que dentro de los 15 hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley, y el artículo 5° 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 3 de febrero de 2017, siendo el plazo para pagarla el día 18 de mayo de 2017, pero se realizó el 27 de julio de la misma anualidad, por lo que trascurrieron 68 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelarla hasta el momento en que se efectuó el pago.

**1.2.7.** Que el 8 de noviembre de 2018, el actor solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

**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 20 de abril de 2020, radicado vía correo electrónico el 10 de julio de la misma anualidad, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso la excepción de **improcedencia de la condena en costas**, al sostener que, conforme al artículo 365 del Código General del Proceso solo habrá lugar a dicha condena 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 **7 de mayo 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 parciales, iii) el acto mediante el cual se reconoció la cesantía parcial, iv) la fecha en que se le canceló la prestación reconocida y v) la mora en el pago de la prestación.

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

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

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el No. **20211181027801 del 6 de mayo 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 **68** 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 la señora Procuradora Delegada ante el Despacho no rindió concepto.

### **V. CONSIDERACIONES**

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

En relación con la **imposibilidad de condena en costas**, cabe advertir que no constituye un medio exceptivo sino es 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. 4174 del 24 de mayo de 2017, mediante la cual la Secretaría de Educación Distrital reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva al demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 3 de febrero de 2017.

**5.2.2.** Derecho de petición radicado bajo el No. E-2018-170904 del 8 de noviembre de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual el actor deprecó el reconocimiento y pago de la sanción por mora.

**5.2.3.** Certificación expedida por la Fiduprevisora S. A., donde hace constar que el pago de las cesantías definitivas quedó a disposición del demandante, a partir del 27 de julio de 2017.

**5.2.4.** Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 19 de julio de 2019, en la Procuraduría 1º 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 8 de noviembre de 2018, ii) si tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamada por 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 **8 de noviembre de 2018**, mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 8 de noviembre de 2018, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

*(...)”.*

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

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

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

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

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

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

resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley”. (Negrillas del Despacho)

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

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

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

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

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

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017<sup>1</sup>, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

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

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

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

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

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

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

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

**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 Gildardo Pava Santamaria, ostentó la calidad de docente vinculado a la Secretaría de Educación Distrital 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 - 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. 4174 del 24 de mayo de 2017, el demandante solicitó el pago de sus cesantías definitivas el **3 de febrero de 2017**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **24 del mismo mes y año**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **24 de mayo de 2017**, esto es, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **6 de febrero de 2017**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías definitivas debió realizarse a más tardar el **18 de mayo de dicha anualidad**, suma quedó a disposición del actor desde el **27 de julio de 2017**, como consta en el oficio expedido por la Fiduprevisora S. A., incurriéndose en mora del **18 de mayo de 2017 al 26 de julio del mismo año**.

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

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

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

Por su parte, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las cesantías

definitivas, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en la que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas.

Al respecto, siguiendo la línea jurisprudencial que fundamenta la presente decisión, como en el caso que nos ocupa se trata de la sanción originada en el incumplimiento de la entidad demandada respecto de una cesantía **definitiva**, la asignación básica salarial a tenerse en cuenta será la percibida para la época en que se produjo el retiro definitivo del servicio.

Ahora bien, se lee en la Resolución No. 4174 del 24 de mayo de 2017, que el actor se desvinculó del servicio a partir del **23 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**<sup>2</sup>, dicha Corporación Judicial se ocupó de precisar la frase consignada en la sentencia arriba citada que indica "...Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.", debido a que había lugar a varias interpretaciones, señalando sobre el particular:

"(...)

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

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

---

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

*indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.*

(...)”.

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

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

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por el señor Gildardo Pava Santamaria el 8 de noviembre de 2018, al encontrarse incurso en causal de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías definitivas, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **18 de mayo y el 26 de julio de 2017**.

El valor del salario es el vigente para el **23 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*”<sup>3</sup>; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 “*Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968*”<sup>4</sup>; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral<sup>5</sup>.

De conformidad con la normatividad en mención, 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 **18 de mayo de 2017** y el señor Gildardo Pava Santamaria formuló reclamación administrativa el **8 de noviembre de 2018**, en tanto la demanda se presentó el **10 de septiembre de 2019**, de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

## **5.7. COSTAS**

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

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

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

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

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

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta respecto de la petición elevada el **8 de noviembre de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2018-170904.

**SEGUNDO:** Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el No. **E-2018-170904 del 8 de noviembre de 2018**, a través de la cual el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías definitivas.

**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer al señor **GILDARDO PAVA SANTAMARIA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.469.348, 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 **18 de mayo de 2017 y el 26 de julio de 2017**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para el **23 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 julio de 2017 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C. P. A. C. A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO:** Sin 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. 014 de hoy 4 de junio de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CARACHO Secretaría

**Firmado Por:**

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ**

**JUEZ**

**JUZGADO 018 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-  
SANTAFE DE BOGOTA 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:

**21db9633bcc1437361dc36b2f52ce2c99e446fc4b8c43735e19e6a6a7674a7  
95**

Documento generado en 02/06/2021 09:21:23 AM

**Valide éste 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., tres (3) de junio de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso:	11-001-33-35-018- <b>2019</b> -00 <b>377</b> -00
<b>Demandante:</b>	<b>RODRIGO PARRA SÁNCHEZ</b>
Demandado:	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Asunto:	SENTENCIA

---

El señor **RODRIGO PARRA SÁNCHEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.810.230, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA**

**1.1. PRETENSIONES**

Pretende el actor que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 15 de febrero de 2019, frente a la petición radicada el 15 de noviembre de 2018 con relación al reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de las cesantías, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora al demandante, establecida en la Ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

A su vez, pretende que se declare que el demandante tiene derecho a que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (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.

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

(i) Reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006 al demandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (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.

(ii) Dar cumplimiento al fallo que se dicte, en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.).

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

(iv) Se condene en costas de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) y en el Código General del Proceso.

## **1.2. HECHOS.**

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

**1.2.1.** Que el actor, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, le solicitó al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el día 12 de agosto de 2016 el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

**1.2.2.** Que mediante la Resolución No. 0861 del 09 de febrero de 2017 expedida por la Directora de Talento Humano de la Secretaría de Educación del Distrito, le fue reconocida al demandante la cesantía solicitada.

**1.2.3.** Que la cesantía reconocida fue cancelada el 24 de abril de 2017, por intermedio de entidad bancaria, siendo el plazo para cancelarla el día 24 de noviembre de 2016, por lo que transcurrieron 149 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles con que contaba la entidad para cancelarla, hasta el momento en que se efectuó el pago.

**1.2.4.** Que el 15 de noviembre de 2018 el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía a la entidad convocada y esta resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó, de conformidad con el procedimiento administrativo, a solicitar a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial con el objeto de llegar a acuerdos sobre las pretensiones; situación que no fue posible.

**1.2.5.** Que una vez presentada la reclamación administrativa, transcurrieron 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 desconocidas las leyes 91 de 1989, artículos 5 y 15; 244 de 1995, artículos 1 y 2; y 1071 de 2006, artículos 4 y 5.

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

Aduce que el lapso de los 65 días o los 60 días que contempla la Ley 1071 de 2006, 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, a través de escrito del **10 de julio de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso la excepción de “**Improcedencia de la condena 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 entonces la condena.

#### **IV. ALEGATOS**

##### **4.1. Parte Demandante**

El apoderado de la parte actora, mediante escrito remitido el **06 de mayo 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 parciales, iii) el acto mediante el cual se reconoció al actor la cesantía parcial, iv) la fecha en que se le canceló la prestación reconocida, y v) la mora en el pago de la prestación.

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

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

La apoderada de la parte demandada, mediante escrito allegado el **05 de mayo de 2021**, vía correo electrónico, 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 **149** 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, reitera la imposibilidad de 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.

#### **4.3. Ministerio Público.**

Se advierte que la señora Procuradora Delegada 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.** Derecho de petición elevado el 15 de noviembre de 2018, con radicado No. E-2018-174685, ante el Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual el demandante, a través de apoderado, deprecó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, así como la indexación sobre el monto de la sanción, hasta la fecha en que se efectúe el pago (fls. 12 a 13).

**5.1.2.** Resolución No. 0861 del 09 de febrero de 2017, a través de la cual la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá le reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial al demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 12 de agosto de 2016 (fls. 15 a 16).

**5.1.3.** Extracto de intereses a las cesantías del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduciaria la Previsora S.A., donde consta que el pago de la cesantía parcial reconocida al demandante mediante Resolución No. 0861 quedó a su disposición a partir 24 de abril de 2017 (fl. 17).

**5.1.4.** Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 16 de julio de 2019, ante la Procuraduría 157 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida y cuya constancia fue expedida el día 22 del mismo mes y año (fls. 18 a 20 *vltto*).

## **5.2. 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 día 15 de noviembre de 2018; ii) si este tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamadas.

## **5.3. 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 el demandante el 15 de noviembre de 2018 (fls. 12 a 13), 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 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 15 de noviembre de 2018 (fls. 12 a 13), 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.” (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.

### **5.3.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES**

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017<sup>1</sup>, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

#### **5.4. CASO CONCRETO.**

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

##### **5.4.1. Categoría de servidor público 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 RODRIGO PARRA SÁNCHEZ, ostenta la calidad de docente vinculado a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación distrital – Sistema General de Participaciones, IED TENERIFE – GRANADA SUR (fl. 15), 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.

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

En la sentencia de unificación referida, se determinaron las siguientes hipótesis para establecer el momento de exigibilidad de la mora, así: i) petición sin respuesta (70 días posteriores a la petición); ii) acto escrito extemporáneo –después de 15 días– (70 días posteriores a la petición); iii) acto escrito en tiempo, notificado personalmente (55 días posteriores a la notificación); iv) acto escrito en tiempo notificado de forma electrónica (55

días posteriores a la notificación); v) acto escrito en tiempo notificado por aviso (55 días posteriores a la notificación); vi) acto escrito en tiempo sin notificar o notificado fuera de término (67 días posteriores a la expedición del acto; vii) acto escrito –renunció a la notificación– (45 días desde la renuncia; y viii) acto escrito –interpuso recurso– (45 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso).

Ahora bien, según se lee de la Resolución No. 0861 del 09 de febrero de 2017 (fls. 15 a 16), el demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **12 de agosto de 2016**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **05 de septiembre de 2016**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **09 de febrero de 2017**, esto es, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **16 de agosto de 2016**, día hábil siguiente a la radicación de la petición (por haber sido el día lunes 15 de agosto festivo), lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **24 de noviembre de 2016**, pago que quedó a disposición del actor desde el **24 de abril de 2017**, como consta en el extracto de intereses a las cesantías del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduciaria la Previsora S.A., obrante a folio 17 del expediente, incurriéndose en mora del **24 de noviembre de 2016 al 23 de abril de 2017**.

#### **5.4.3. Salario base de liquidación**

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

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

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

Al respecto, siguiendo la línea jurisprudencial que fundamenta la presente decisión, como en el caso que nos ocupa se trata de la sanción originada en el incumplimiento de la entidad demandada respecto de una cesantía **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 (**24 de noviembre de 2016 al 23 de abril de 2017**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por el actor en los meses de noviembre de 2016 a abril de 2017.

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

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

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

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

ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.

(...)

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

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

(...)

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

“(...)

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

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a

---

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

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

*(...)*”.

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

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **25 de abril 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 RODRIGO PARRA SÁNCHEZ el 15 de noviembre de 2018, al encontrarse incurso en causal de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **24 de noviembre de 2016 y el 23 de abril de 2017**.

El valor del salario es el vigente para los meses de noviembre de 2016 a abril de 2017, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por el actor en dichos meses y años.

## **5.5. PRESCRIPCIÓN**

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 “*Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales*”<sup>3</sup>; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 “*Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968*”<sup>4</sup>; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral<sup>5</sup>.

De conformidad con la normatividad en mención, el 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 de 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 **24 de noviembre de 2016** y el señor RODRIGO PARRA SÁNCHEZ formuló reclamación administrativa el **15 de noviembre de 2018** (fls. 12 a 13), en tanto la demanda se presentó el **10 de septiembre de 2019** (fl. 21), de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

## 5.6. COSTAS

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

---

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

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

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

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

una conducta dilatoria o de mala fe, por lo cual no se condenará en costas.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta respecto de la petición elevada el **15 de noviembre de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2018-174685.

**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 número **E-2018-174685 el 15 de noviembre de 2018**, a través de la cual el demandante, a través de apoderado, 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 al señor **RODRIGO PARRA SÁNCHEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.810.230, 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 **24 de noviembre de 2016 y el 23 de abril de 2017**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para los meses de noviembre de 2016 a abril de 2017, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por el actor 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 abril 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 de la entidad demandada.

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

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

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

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

Notifíquese y Cúmplase

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ  
JUEZ**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 14 de hoy 4 de junio de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAIRA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

***Firmado Por:***

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ  
JUEZ  
JUZGADO 018 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE  
DE BOGOTA 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:*  
**89bb226ae719ad2f926087ff4353018e444ffe204b8489489ee5ffcdafa05a0  
6**

*Documento generado en 02/06/2021 12:15:10 PM*

***Valide éste 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., tres (3) de junio de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00380-00**  
**Demandante: JORGE HERNÁNDEZ RUIZ**  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO  
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO  
Asunto: SENTENCIA

---

El señor **JORGE HERNÁNDEZ RUIZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 9.525.592, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1 PRETENSIONES**

Pretende el demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 26 de diciembre de 2018, frente a la petición elevada el 26 de septiembre de 2018, por medio de la cual solicita 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) Declarar que el demandante tiene derecho a que la parte demandada le reconozca y pague la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por

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

ii) 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.

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

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

**1.2.4.** Que por medio de la Resolución No. 6009 del 28 de junio de 2018, le fueron reconocidas las cesantías al actor, las cuales fueron canceladas el 31 de julio del mismo año, por intermedio de entidad bancaria.

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

**1.2.6.** Que el actor solicitó la cesantía el 6 de abril de 2018, siendo el plazo para pagarla el día 21 de julio de 2018, pero se realizó el 31 de julio de 2018, por lo que trascurrieron 10 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.** El 26 de septiembre de 2018, el actor solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

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

Aduce que el lapso de los 65 días o los 60 días que contempla la Ley 1071 de 2006, 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 10 de julio de 2020, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso la excepción de **“inexistencia de la obligación reclamada”** en la que indicó que la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, sentó jurisprudencia en el caso de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías a los docentes oficiales, por lo cual la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia; sin embargo, debe tenerse en cuenta que dicha sentencia señaló para el cálculo de la sanción moratoria, que la misma se causaría a partir del día siguiente al vencimiento del término de 70 días y hasta el día anterior al cual se puso a disposición del docente el dinero correspondiente a la cesantía. En ese sentido, y atendiendo a lo contemplado en el libelo de la demanda y las pruebas documentales allegadas por las partes, afirma que en el presente caso no se configura la sanción moratoria.

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.

En ese sentido, anota que en el caso en concreto no se evidencian días de mora, por cuanto i) la fecha de solicitud del reconocimiento de las cesantías fue el día **6 de abril de 2018**, ii) que se le reconoció dicha prestación por medio de la Resolución 6009 del **28 de junio de 2018**, iii) que la fecha máxima de pago 70 días fue el **23 de julio de 2018** iv) la fecha en la cual efectivamente se realizó el pago fue el **21 de julio del mismo año**.

#### **IV. ALEGATOS**

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

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

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

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

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211181016631 del 5 de mayo de 2021**, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, señalando que el pago de la cesantía se realizó dentro del

término contemplado por la ley, razón por la cual, no se generó la sanción mora pretendida.

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

De otra parte, 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. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.**

Frente a la excepción de ***“inexistencia de la obligación reclamada”***, este Despacho considera que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda sino que además tiende a la defensa de los

intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera constituye excepción de mérito que impida al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

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

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

**5.2.1.** Resolución No. 6009 del 28 de junio de 2018, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial al demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 6 de abril de 2018 (fls. 16 a 18).

**5.2.2.** Derecho de petición radicado bajo el No. E-2018-147798 del 26 de septiembre de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el que el actor solicita el reconocimiento y pago de la sanción por mora (fls. 13 y 14).

**5.2.3.** Certificación expedida por la Fiduprevisora S.A, donde hace constar que el pago de las cesantías parciales quedó a disposición del demandante el 21 de julio de 2018.

**5.2.4.** Desprendible de pago del Banco BBVA, donde consta que el pago de la cesantía parcial por valor de \$16.000.000 pesos M/cte., fue realizado al actor el 31 de julio de 2018 (fl.20).

**5.2.5.** Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 21 de agosto de 2019, en la Procuraduría 3ª Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida (fls. 21 y 22).

## **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 26 de septiembre de 2018,

ii) si el 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 el actor.

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

El apoderado de la parte actora depreca la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por el demandante 26 de septiembre de 2018 (fls. 13 a 14), 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 26 de septiembre de 2018 (fls. 13 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.” (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 2017<sup>1</sup>, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

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

*Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que*

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

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 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 Jorge Hernández Ruiz, ostenta la calidad de docente vinculado a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación Distrital – recursos propios, IED Centro Integral José María Córdoba (fl. 16), 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. 6009 del 28 de junio de 2018, el demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **6 de abril de 2018**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es,

hasta el **27 de abril de la misma anualidad**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **28 de junio de 2018**, es decir, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **9 de abril de 2018**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **23 de julio de 2018**, suma que quedó a disposición del actor desde el **21 de julio de la misma anualidad**, como consta en el oficio expedido por la FIDUPREVISORA S.A.

En efecto, la Fiduprevisora S.A, mediante comunicación 1010403 del 8 de julio de 2020, dirigida al actor, certificó que el pago por concepto de cesantías fue puesto a su disposición el **21 de julio de 2018**, y que verificado el sistema se realizó el reintegro por no cobro.

En ese sentido, se encuentra acreditado que el actor no cobró las cesantías que fueron reconocidas a su favor en la fecha en que fueron dispuestas para tal fin, dinero que fue objeto de reprogramación el 31 de julio de 2018, y cobrado hasta el 6 de agosto del mismo año, de manera que la falta de diligencia en el no cobro por parte del actor, no puede ser utilizada en contra de la Administración y, en su beneficio.

Así las cosas y como bien lo afirma la apoderada de la entidad demandada, las cesantías parciales fueron pagadas al demandante dentro del término establecido en la ley, que corresponde a los 70 días subsiguientes a la reclamación, no siendo viable el reconocimiento de la sanción mora solicitada, ya que la omisión al reclamo de la consignación realizada el día **21 de julio de 2018**, es atribuible únicamente a la parte demandante, quien no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, por lo que este Despacho Judicial, procederá a negar 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:** NEGAR las súplicas de la demanda conforme a las razones referidas en la presente 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 al actor excepto los ya causados, a petición del mismo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 014 de hoy 4 de junio de 2021 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CANACHE SECRETARÍA

**Firmado Por:**

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ**

**JUEZ**

**JUZGADO 018 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-  
SANTAFE DE BOGOTA 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:

**4afabcf3a0a19ab8c0909bf2965cf1b560065512990ef471d2bcbe7f987811**

**3**

Documento generado en 01/06/2021 12:07:01 PM

**Valide éste 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., tres (3) de junio de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-2019-00382-00  
**Demandante: CAMILO SALGADO BOCANEGRA**  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO  
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO  
Asunto: SENTENCIA

---

El señor **CAMILO SALGADO BOCANEGRA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.177.130, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1 PRETENSIONES**

Pretende el demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 15 de febrero de 2019, frente a la petición elevada el 15 de noviembre de 2018, por medio de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías.

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

i) Declarar que el demandante tiene derecho a que la parte demandada le reconozca y pague la sanción por mora establecida en las

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

ii) 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 efectúe 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 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 25 de febrero de 2017, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

**1.2.4.** Que por medio de la Resolución No. 3366 del 3 de mayo de 2017, le fueron reconocidas las cesantías al actor, las cuales fueron canceladas el 27 de julio del mismo año, por intermedio de entidad bancaria.

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

**1.2.6.** Que el actor solicitó la cesantía el 25 de febrero de 2017, siendo el plazo para pagarla el día 12 de junio de 2017, pero se realizó el 27 de julio de la misma anualidad, por lo que trascurrieron 44 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelarla hasta el momento en que se efectuó el pago.

**1.2.7.** Que el 15 de noviembre de 2018, el 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 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 los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía del actor, está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 65 días después de haber realizado la petición, haciéndose el Fondo Prestacional del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

Aduce que la contabilización adicional de los 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 **10 de julio de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso la excepción de **improcedencia de la condena en costas** en la que indicó que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede.

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

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

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 25 de febrero de 2017, ii) que la fecha máxima de pago 70 días fue el 18 de

mayo de 2017 iii) la fecha en la cual efectivamente se realizó el pago fue el 27 de julio del mismo año, y iv) el número de días de mora son 47.

#### **IV. ALEGATOS**

##### **4.1. Parte Demandante**

El apoderado de la parte actora mediante escrito allegado el **7 de mayo 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, 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 escrito del **5 de mayo de la presente anualidad**, allegado 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 **44** 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**

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

### **V. CONSIDERACIONES**

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

Frente a la excepción de **improcedencia de la condena en costas**, se advertir que no constituye un medio exceptivo sino es 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. 3366 del 3 de mayo de 2017, 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 25 de febrero de 2017 (fls. 16 a 18).

**5.2.2.** Derecho de petición radicado bajo el No. E-2018-174556 del 15 de noviembre de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través del cual el actor deprecó el reconocimiento y pago de la sanción por mora (fls. 13 a 14).

**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 el 27 de julio de 2017 (fl. 26).

**5.2.4.** Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 22 de julio de 2019, en la Procuraduría 157 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida (fl. 20 a 22).

### **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 15 de noviembre de 2018, ii) si el 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 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 15 de noviembre de 2018 (fls. 13 y 14), 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 15 de noviembre de 2018 (fls. 13 y 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.”* (Negritillas 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 2017<sup>1</sup>, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **5.5. CASO CONCRETO.**

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

#### **5.5.1. Categoría de 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 Camilo Salgado Bocanegra, ostentó la calidad de docente vinculado a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía definitiva, prestaba sus servicios como docente de vinculación Distrital- SGP (fl. 16), 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. 3366 del 3 de mayo de 2017 (fl. 16), el demandante solicitó el pago de sus cesantías definitivas el **25 de febrero de 2017**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **17 de marzo del mismo año**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **3 de mayo de 2017**, esto es, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **27 de febrero de 2017**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías definitivas debió realizarse a más tardar el **9 de junio 2017**, pago que quedó a disposición del actor desde el **27 de julio de dicho año**, como consta en el oficio expedido por la FIDUPREVISORA S.A., obrante a folio 19 del expediente, incurriéndose en mora del **9 de junio de 2017 al 26 de julio de la misma anualidad**.

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

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

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

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

Al respecto, siguiendo la línea jurisprudencial que fundamenta la presente decisión, como en el caso que nos ocupa se trata de la sanción originada en el incumplimiento de la entidad demandada respecto de una cesantía **definitiva**, la asignación básica salarial a tenerse en cuenta será la percibida para la época en que se produjo el retiro definitivo del servicio.

Ahora bien, se lee en la Resolución No. 3366 del 3 de mayo de 2017, que el actor estuvo vinculado al servicio hasta el **1 de septiembre 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 **27 de julio de 2017 de 2019**<sup>2</sup>, dicha Corporación Judicial se ocupó de precisar la frase consignada en la

---

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

sentencia arriba citada que indica “...Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.”, debido a que había lugar a varias interpretaciones, señalando sobre el particular:

“(..)

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

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

*(..)”.*

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

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

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por el señor Camilo Salgado Bocanegra el 15 de noviembre de 2018, al encontrarse incurso en causal de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías definitivas, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **9 de junio de 2017 y el 26 de julio de la misma anualidad.**

El valor del salario es el vigente para el **1 de septiembre 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”*<sup>3</sup>; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*<sup>4</sup>; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral<sup>5</sup>.

De conformidad con la normatividad en mención, el demandante contaba con tres años para reclamar el reconocimiento y pago de la

---

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

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

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

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

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 **9 de junio de 2017** y el señor Camilo Salgado Bocanegra formuló reclamación administrativa el **15 de noviembre de 2018** (fls. 13 a 14), en tanto la demanda se presentó el **11 de septiembre de 2019** (fl. 23), 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 **15 de noviembre de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2018-174556.

**SEGUNDO:** Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el No. **E-2018-174556 del 15 de noviembre de 2018**, a través de

la cual el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías definitivas.

**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer al señor **CAMILO SALGADO BOCANEGRA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.177.130, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías definitivas, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **9 de junio de 2017 y el 26 de julio de la misma anualidad**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para el **1 de septiembre 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 julio de 2017 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO:** Sin costas a cargo de la parte demandada.

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

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ  
JUEZ**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 014 de hoy 4 de junio de 2021 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CANACHO Secretaria

**Firmado Por:**

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ**

**JUEZ**

**JUZGADO 018 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-  
SANTAFE DE BOGOTA 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

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.  
Expediente: 2019-00382*

Código de verificación:

**aa1cff16af67a58f13044f41e1a09c0fa3e5783c08c9d8010a18faec7d34b543**

Documento generado en 02/06/2021 11:03:40 AM

**Valide éste 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., tres (3) de junio de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019**-00**383**-00  
**Demandante:** **ASTRID RUBIELA RODRÍGUEZ DAMIÁN**  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO  
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **ASTRID RUBIELA RODRÍGUEZ DAMIÁN**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.324.792 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**

Pretende la actora que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 26 de diciembre de 2018, frente a la petición radicada el 26 de septiembre de 2018 con relación al reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de las cesantías, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora a la demandante, establecida en la Ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

A su vez, pretende que se declare que la demandante tiene derecho a que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (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.

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

(i) Reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006 a la demandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (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.

(ii) Dar cumplimiento al fallo que se dicte, en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.).

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

(iv) Se condene en costas de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) y en el Código General del Proceso.

## **1.2. HECHOS.**

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

**1.2.1.** Que la actora, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, le solicitó al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el día 04 de diciembre de 2017 el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía

derecho.

**1.2.2.** Que mediante la Resolución No. 3292 del 23 de marzo de 2018 expedida por la Directora de Talento Humano de la Secretaría de Educación del Distrito, le fue reconocida a la demandante la cesantía solicitada.

**1.2.3.** Que la cesantía reconocida fue cancelada el 25 de junio de 2018, por intermedio de entidad bancaria, siendo el plazo para cancelarla el día 16 de marzo de 2018, por lo que transcurrieron 98 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles con que contaba la entidad para cancelarla, hasta el momento en que se efectuó el pago.

**1.2.4.** Que el 26 de septiembre de 2018 la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía a la entidad demandada y esta resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó, de conformidad con el procedimiento administrativo, a solicitar a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial con el objeto de llegar a acuerdos sobre las pretensiones; situación que no fue posible.

**1.2.5.** Que una vez presentada la reclamación administrativa, transcurrieron 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 desconocidas las leyes 91 de 1989, artículos 5 y 15; 244 de 1995, artículos 1 y 2; y 1071 de 2006, artículos 4 y 5.

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 nacionalizada, 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 el lapso de los 65 días o los 60 días que contempla la Ley 1071 de 2006, 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, a través de escrito del **10 de julio de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso la excepción de ***“Improcedencia de la condena 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 entonces la condena.

#### **IV. ALEGATOS**

##### **4.1. Parte Demandante**

El apoderado de la parte actora, mediante escrito remitido el **07 de mayo de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso: i) la calidad de docente de la demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías parciales, iii) el acto mediante el cual se reconoció 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.

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

La apoderada de la parte demandada, mediante escrito allegado el **05 de mayo de 2021**, vía correo electrónico, 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 **98** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

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

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

De otra parte, reitera la imposibilidad de 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.

#### **4.3. Ministerio Público.**

Se advierte que la señora Procuradora Delegada 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.** Derecho de petición elevado el 26 de septiembre de 2018, con radicado No. E-2018-147080, ante el Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual la demandante, a través de apoderado, deprecó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, así como la indexación sobre el monto de la sanción, hasta la fecha en que se efectúe el pago (fls. 12 a 13).

**5.1.2.** Resolución No. 3292 del 23 de marzo de 2018, a través de la cual la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá le reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud

fue realizada el 04 de diciembre de 2017 (fls. 15 a 16).

**5.1.3.** Comprobante de pago expedido por el Banco BBVA, donde consta que el pago de la cesantía parcial reconocida a la demandante, quedó a su disposición a partir del 25 de junio de 2018 (fl. 17).

**5.1.4.** Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 21 de agosto de 2019, ante la Procuraduría 3ª Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida y cuya constancia fue expedida ese mismo día (fls. 18 a 19 *vltto*).

## **5.2. PROBLEMA JURÍDICO.**

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el día 26 de septiembre de 2018; 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 al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamadas.

## **5.3. 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 26 de septiembre de 2018 (fls. 12 a 13), 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 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 26 de septiembre de 2018 (fls. 12 a 13), tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

(...)”.

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

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

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

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

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

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, *“Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos*

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

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

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

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

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

### **5.3.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES**

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017<sup>1</sup>, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

#### **5.4. CASO CONCRETO.**

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

##### **5.4.1. Categoría de servidora pública de la actora**

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

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

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora ASTRID RUBIELA RODRÍGUEZ DAMIÁN, 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, IED LA PALESTINA (fl. 15), calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

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

En la sentencia de unificación referida, se determinaron las siguientes hipótesis para establecer el momento de exigibilidad de la mora, así: i) petición sin respuesta (70 días posteriores a la petición); ii) acto escrito extemporáneo –después de 15 días– (70 días posteriores a la petición); iii) acto escrito en tiempo, notificado personalmente (55 días posteriores a la notificación); iv) acto escrito en tiempo notificado de forma electrónica (55

días posteriores a la notificación); v) acto escrito en tiempo notificado por aviso (55 días posteriores a la notificación); vi) acto escrito en tiempo sin notificar o notificado fuera de término (67 días posteriores a la expedición del acto; vii) acto escrito –renunció a la notificación– (45 días desde la renuncia; y viii) acto escrito –interpuso recurso– (45 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso).

Ahora bien, según se lee de la Resolución No. 3292 del 23 de marzo de 2018 (fls. 15 a 16), la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **04 de diciembre de 2017**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **27 de diciembre de 2017**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **23 de marzo de 2018**, esto es, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **05 de diciembre de 2017**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **16 de marzo de 2018**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **25 de junio de 2018**, como consta en el desprendible de pago expedido por el Banco BBVA, obrante a folio 17 del expediente, incurriéndose en mora del **16 de marzo de 2018 al 24 de junio de 2018**.

#### **5.4.3. Salario base de liquidación**

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

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

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

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

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

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de la entidad empleadora comprende una anualidad (**16 de marzo de 2018 al 24 de junio de 2018**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de marzo a junio de 2018.

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

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

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

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

*(...)*

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

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

(...)

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

“(...)

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

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha

---

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

*en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia -art. 187 -y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.*

*(...)*”.

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

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **26 de junio de 2018** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la señora ASTRID RUBIELA RODRÍGUEZ DAMIÁN el 26 de septiembre de 2018, al encontrarse incurso en causal de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **16 de marzo de 2018 y el 24 de junio de 2018**.

El valor del salario es el vigente para los meses marzo a junio de 2018, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

## **5.5. PRESCRIPCIÓN**

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que

se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 “*Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales*”<sup>3</sup>; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 “*Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968*”<sup>4</sup>; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral<sup>5</sup>.

De conformidad con la normatividad en mención, la demandante contaba con tres años para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de su cesantía parcial, término que inició a correr a partir de 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 **16 de marzo de 2018** y la señora ASTRID RUBIELA RODRÍGUEZ DAMIÁN formuló reclamación administrativa el **26 de septiembre de 2018** (fls. 12 a 13), en tanto la demanda se presentó el **11 de septiembre de 2019** (fl. 20), de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

## 5.6. COSTAS

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

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE**

---

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

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

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

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

**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 **26 de septiembre de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2018-147080.

**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 número **E-2018-147080 el 26 de septiembre de 2018**, a través de la cual la demandante, a través de apoderado, 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 **ASTRID RUBIELA RODRÍGUEZ DAMIÁN**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.324.792, de Bogotá, 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 **16 de marzo de 2018 y el 24 de junio de 2018**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para los meses marzo a junio de 2018, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

**CUARTO:** La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **26 de junio de 2018 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

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

**SEXTO:** Exhortar a la Ministra de Educación Nacional y al Director del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, 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° 14 de hoy 4 de junio de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

***Firmado Por:***

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ  
JUEZ  
JUZGADO 018 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE  
DE BOGOTA 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:*

***aac9ab8997e62759c887329acda884dcffea0141094f16e7f7fba70190e823  
50***

*Documento generado en 01/06/2021 11:08:00 AM*

***Valide éste 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., tres (03) de junio de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11001-33-35-018-**2018**-00**313**-00  
Demandante: **MIGUEL ANTONIO LINARES CASTRO**  
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL  
Asunto: SENTENCIA

---

El señor **MIGUEL ANTONIO LINARES CASTRO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.022.069 de Bogotá, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, correspondiendo dictar sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA**

**1.1. PRETENSIONES Y HECHOS**

Las pretensiones y los hechos en que se sustenta la demanda fueron precisados en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 25 de junio de 2019, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho

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

La parte actora estima desconocidos los artículos 29 y 209 de la Constitución Política; 49, 51, 52, 53, 68, 99, 100 (literal a, numeral 3) y 103 del Decreto 1790 de 2000; 2, 3, 37, 48, 49, 52, 53 y 75 del Decreto Ley 1799 de 2000; 53 y 57 del Decreto 1512 de 2000, 3 y 5 de la ley 1437 de 2011, estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

Señaló que en el Ejército Nacional no existe una verdadera renovación de personal dentro de la línea jerárquica, pues forzosamente se involucra el cambio de un personal militar por otro, a partir de los deseos propios de los miembros de la institución.

Aludió que en el caso bajo estudio, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional omitió su concepto previo para el retiro del actor, el cual debe estar fundamentado en el sistema de evaluación de personal, de conformidad con lo referido por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU 091 de 2016, que se ocupó de citar y, por ende, debió continuar en la institución y ascender al grado de Teniente Coronel.

Sostuvo que el demandante satisface los requisitos legales para ser llamado a curso y posterior ascenso; sin embargo, las vacantes existentes fueron cubiertas con personal que debió ser retirado del servicio debido a los procesos administrativos, penales y disciplinarios, que contravienen lo dispuesto en el literal f) numeral 2° del artículo 60 del Decreto Ley 1799 de 2000.

Manifestó que, si bien el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006, faculta el retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares cuando estos cumplan los requisitos para devengar la asignación de retiro, lo cierto es que, en virtud de los principios de imparcialidad e igualdad, dicho aspecto debe analizarse como un punto de partida, desde el cual la institución debe seleccionar cuidadosamente el personal que debe permanecer con el beneficio de ascenso a los grados superiores, pues de lo contrario, el llamamiento a calificar servicios se convertiría en una obligación legal y no en una facultad, que finalmente no demandaría la necesidad de motivación en el acto administrativo.

Afirmó que en el caso del actor, la entidad demandada no tuvo en cuenta las calificaciones que obtuvo durante el tiempo que prestó sus servicios en la institución, toda vez que optó por llamarlo a calificar servicios, pasando por alto la conveniencia y necesidades del Ejército Nacional

Precisó que el acto administrativo demandado fue precedido de un acto preparatorio, esto es, de la “*RECOMENDACIÓN*” de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, tal como se exige en el

artículo 99 del Decreto Ley 1790 de 2000, el cual resulta ineficaz de pleno derecho, pues carece de motivos y de la selección exigida en la ley para aplicar la facultad que permite el retiro de un personal y el ascenso de otro, dado que se limitó a realizar la transcripción de normas que desarrollan la carrera militar y de jurisprudencia que ha sido revaluada.

### III. CONTESTACIÓN

Tal como se señaló en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 25 de junio de 2019, la demanda le fue notificada a la entidad demandada el **29 de noviembre de 2018**, razón por la cual tenía hasta el **11 de marzo de 2019**, para dar contestación, actuación que realizó hasta el **12 del mismo mes y año**, esto es, de forma extemporánea, circunstancia que impide tenerla en cuenta.

### IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

#### 4.1. Parte demandante

Mediante escrito allegado vía correo electrónico el **12 de marzo de 2021**, la apoderada del demandante solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en el concepto de violación del libelo demandatorio.

Indicó que no es cierto lo expuesto por el Comité Evaluador en el Acta No. 99049 del 2 de octubre de 2017, dado que se logró demostrar el grado de confianza y los lineamientos éticos y profesionales de los que goza el actor, tal como se encuentra plasmado en su folio de vida y lo referido por los deponentes que rindieron su declaración en el presente asunto.

Igualmente, refirió que de los testimonios de las señoras Sandra Catalina Gómez Cardona y Rosa Elvira Castro Riveros, se puede determinar las calidades del actor y la afectación que sufrió por ser retirado del servicio activo de la institución.

Manifestó que de la declaración de la Psicóloga del colegio donde estudian sus menores hijos, se puede colegir la forma como afectó a su familia la desvinculación de las Fuerzas Militares, especialmente en consideración a que reunía las calidades para ser ascendido dentro de la institución castrense.

Adujo que el superior que evaluó al señor Miguel Antonio Linares Castro no realizó una valoración adecuada frente a su folio de vida; además, solo trabajó con él 2 meses y únicamente lo veía 3 días a la semana, ya que el actor se encontraba la mayor parte del tiempo en Bogotá, realizando una maestría lo que le impidió ser coherente en la calificación.

Anotó que no existe reglamentación, normatividad o legislación que direcciona el proceso del estudio de las pruebas 360°, que fueron impuestas por el Ejército Nacional, las cuales, arrojan dudas de su procedimiento y la institución infiere que solo es un apoyo logístico para el Ejército, pero el resultado parece ser el determinante para el llamamiento a calificar servicios.

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

La apoderada de la entidad demandada dentro de la oportunidad legal no presentó alegatos de conclusión.

#### **4.3. Ministerio Público.**

La Agente del Ministerio Público no rindió concepto

### **V. CONSIDERACIONES**

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

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

##### **5.1.1. Sobre el retiro del actor de las Fuerzas Militares.**

**5.1.1.1.** Acta No. 15 del 27 de noviembre de 2017, por medio de la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, consideró viable recomendar el retiro del actor por llamamiento a calificar servicios, al contar con un tiempo superior a 15 años en actividad, circunstancia que lo hacía acreedor de una asignación mensual de retiro, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 0991 del 15 de mayo de 2015.

**5.1.1.2.** Resolución No. 0255 del 19 de enero de 2018, por medio de la cual se retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares al señor Mayor Miguel Antonio Linares Castro, por la causal de llamamiento a calificar servicios.

**5.1.2. Otras documentales.**

**5.1.2.1.** Copia del extracto de la hoja de vida del señor Mayor Miguel Antonio Linares Castro.

**5.1.2.2.** Acta No. 99049 del 2 de octubre de 2017, en la cual se dejó constancia que el 26 de septiembre de dicha anualidad, el Brigadier General Marcos Evangelista Pinto Lizarazo, Presidente del Comité Evaluador y los señores Oficiales Evaluadores, bajo promesa de honor Militar afirman que efectuaron el estudio final de personal de Oficiales Superiores de grado Mayor, considerados para realizar Curso de Estado Mayor, en el que se decidió:

7	MY.	ART	LINARES CASTRO MIGUEL ANTONIO	80022069	EL COMITÉ DE EVALUACIÓN, RECOMIENDA QUE EL OFICIAL NO DEBE SER TENIDO EN CUENTA PARA INGRESO A CURSO, PUESTO QUE NO REÚNE LOS LINEAMIENTOS ÉTICOS Y PROFESIONALES PARA ASCENDER A UN GRADO SUPERIOR, AL NO CONTAR CON LA CONFIANZA DEL MANDO PARA ASIGNARLE CARGOS DE MAYOR RESPONSABILIDAD, LO QUE AFECTA EL SERVICIO EN RAZÓN A LOS MOTIVOS ANTERIORMENTE EXPUESTOS, NO PERMITEN QUE EL MILITAR DESEMPEÑE DEBERES DE MAYOR ENVERGADURA EN EL ÁREA ADMINISTRATIVA Y OPERACIONAL.
---	-----	-----	----------------------------------	----------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

**5.1.2.3.** Acta No. 04346 del 20 de octubre de 2017, que trata el estudio y recomendación por parte del Comité de Evaluación de los Oficiales Superiores de Grado Mayor considerados para realizar curso de Estado Mayor y Curso de Información Militar 2018, en la cual se relacionó el **«PERSONAL QUE NO SE RECOMIENDA PARA LLAMAR A CURSO CEM-CIM 2018 «LISTADO GENERAL»**, en los siguientes términos:

“(…)

*Realizada la verificación del estudio realizada por el Comité de Evaluación para llamamiento a curso CEM CIM 2018, se pudo establecer que fue un estudio detallado y fundamentado en un análisis juicioso y metódico de todos los aspectos de la carrera militar, familiar y personal de los señores Oficiales en el grado Mayor que fueron estudiados, por lo*

que se ratifican las decisiones tomadas y no se considera el LLAMAMIENTO A CURSO CEM CIM 2018 del siguiente personal:

(...)

**ARTILLERÍA**

Nº	GDO	ARMA	APELLIDOS Y NOMBRE	CC
1	MY	ART	LINARES CASTRO MIGUEL ANTONIO	80022069

(...)"

**5.1.2.4.** Comunicación No. 20173055141283 del 25 de octubre de 2017, a través de la cual el Coronel Giovanni Valencia Hurtado, Director de Personal del Ejército Nacional, le informó al actor que el "COMITÉ MANTIENE DECISIÓN NO INCLUIRLO PRESENTACIÓN EXAMENES ADMISION X SEGÚN ACTA 04346 20 OCTUBRE DE 2017 X DIRECTOR DE PERSONAL EJERCITO NACIONAL".

**5.1.2.5.** Evaluación de la prueba 360° realizada al actor, en la que se evidencia que obtuvo los siguientes puntajes:

360° (1)	Competencias (2)	Personalidad (3)	Valores (4)	Entrevista (5)	1	2	3	4	5	Calificación	Ranking
7,9	535,0	33,0	247,0	26,0	7,88%	8,23%	13,75%	12,35%	34,67%	76,88%	300

**5.1.2.6.** Evaluación realizada al actor, en la que se relacionaron los siguientes aspectos:

**i) Puntajes:**

- a) Desempeño profesional:
  - Subtotal aspectos positivos: 2000
  - Subtotal acciones positivas: 780
  - Aspectos negativos: 0
- b) Cargos desempeñados: 4825
- c) Capacitación y preparación profesional: 210
- d) Prueba física – Mayor: 0

**ii) Recomendación final del Comité:**

- **Aspectos negativos en el folio de vida:** "ANOTACIÓN NEGATIVA DESEMPEÑO EN EL CARGO" realizada el

*“2005/08/03... EL COMANDO DEL GAULA MAGDALENA LE HACE UNA ANOTACIÓN NEGATIVA POR EL INCUMPLIMIENTO D (SIC) FUNCIONES Y RESPONSABILIDADES INHERENTES AL CARGO DEMOSTRADOS POR LA DECIDÍA Y FALTA DE COMPROMETIMIENTO CON LA UNIDAD, EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS ORDENES CONSISTENTES EN NO HABER ORGANIZADO LOS DESTACAMENTOS Y LA ASIGNACIÓN DE LAS ARMAS DE ACOMPAÑAMIENTO, DE LA MISMA FORMA POR NO PRESENTAR A TIEMPO TODOS LOS ELEMENTOS DE RETEN QUE TIENE ASIGNADO LA UNIDAD OPERACIONAL, HABIÉNDOLES DADO LAS ORDENES PERTINENTES PARA CADA CASO”.*

- **Situación de sanidad:** DCL: No apto 37.31% - Acta médica: 59843/12-JUN-13.
- **Concepto final:** *“EL COMITÉ DE EVALUACIÓN, RECOMIENDA QUE EL OFICIAL NO DEBE SER TENIDO EN CUENTA PARA INGRESO A CURSO, PUESTO QUE NO REÚNE LOS LINEAMIENTOS ÉTICOS Y PROFESIONALES PARA ASCENDER A UN GRADO SUPERIOR, AL NO CONTAR CON LA CONFIANZA DEL MANDO PARA ASIGNARLE CARGOS DE MAYOR RESPONSABILIDAD, LO QUE AFECTA EL SERVICIO (SIC) EN RAZÓN A LOS MOTIVOS ANTERIORMENTE EXPUESTOS, NO PERMITE QUE EL MILITAR DESEMPEÑE DEBERES DE MAYOR ENVERGADURA EN EL ÁREA ADMINISTRATIVA Y OPERACIONAL”.*
- **Se recomienda llamar a curso: NO**

**5.1.2.7.** Documental y CD contentivo del folio de vida del señor Miguel Antonio Linares Castro, en el que se evidencia:

- Formularios Nos. 1 relativos a la Información básica del demandante (artículo 31 del Decreto 1799 de 2000).
- Formularios Nos. 2 y 3 del Programa Personal de Desempeño en el Cargo del actor.
- Formularios No. 4 de Evaluaciones y Clasificaciones de Oficiales y Suboficiales (artículo 34 del Decreto 1799 de 2000), efectuadas al

demandante, por el periodo comprendido entre los años 2001 a 2013 y 2016 y 2017

- Formularios Nos. 5 de Evaluación de Oficiales y Suboficiales (artículos 55 y 56), realizada al actor por el lapso comprendido entre el 1 de enero de 2000 y el 30 de septiembre de 2001, en el que fue calificado en el literal *“C” CALIDAD EXIGIDA DE ACUERDO A LAS ANOTACIONES DEL FOLIO DE VIDA QUE NO AMERITAN VARIACIÓN A LA CALIDAD EXIGIDA*.

**5.1.2.8.** Oficio No. 20193052272491 del 19 de noviembre de 2019, a través del cual el Teniente Coronel Carlos Mauricio Peña Jiménez, Oficial Sección Jurídica DIPER, le comunicó al Despacho que una vez consultado el sistema de Información para la Administración de Talento Humano – modulo jurídico, se observa que no tiene anotaciones disciplinarias, así:

MY	ART	Miguel Antonio Linares Castro	80.022.069	Sin Registros SIATH
----	-----	-------------------------------	------------	---------------------

Así mismo, precisó que dicha información no constituye antecedente penal o disciplinario, toda vez que solo se tiene en cuenta para los trámites administrativos de la institución.

**5.1.2.9.** Oficio No. 20193122286891 del 21 de noviembre de 2019, por medio del cual el Mayor Jhonnatan Arcos Enciso, Vocal 2 de la Junta Clasificadora del Ejército le comunicó al Despacho que el actor fue clasificado, de la siguiente forma:

No.	GRD	NOMBRES Y APELLIDOS	CEDULA
1	MY (R)	LINARES CASTRO MIGUEL ANTONIO	80.022.069

  

00-01	01-02	02-03	03-04	04-05	05-06	06-07	07-08	08-09	09-10	10-11	11-12	12-13	13-14	14-15	15-16	16-17
3	3	3	2	1	3	3	3	1	1	3	2	2	2	1	2	F

Certificó:  
SV. PLAZAS CASTRO LUIS JUVENAL  
Analista de Oficiales Superiores

**5.1.2.10.** Oficio No. 20193602297121 del 22 de noviembre de 2019, por medio del cual la Mayor Catalina Ruiz Torres, Oficial Evaluación y Desarrollo le comunicó a este Despacho que, en la evaluación de las pruebas psicológicas realizada al actor, aspirante al Curso de Estado Mayor, obtuvo el siguiente resultado:

360°	PRUEBA DE COMETENCIAS BIP	KOSTIK	VALANTI	ENTREVISTA	TOTAL
7.88%/10%	8.23%/20%	13.75%/15%	12.35%/15%	34.67%/40%	76.88%

Igualmente, refirió que *“el nivel de desarrollo de sus competencias es medio, evidenciando comportamiento (sic) elementales”*.

**5.1.2.11.** Oficio No. 2020305000003271 del 2 de enero de 2020, a través del cual el Teniente Coronel Carlos Fernando Ruíz Vargas, Oficial Sección Ascensos y Retiros DIPER le informó al Juzgado que el Comité de estudio en cualquiera de los órdenes de selección del personal de oficiales y suboficiales sea para ascenso o para ingresar a los estudios de Estado Mayor para los de Armas, analiza las cualidades y aptitudes profesionales que se han demostrado a lo largo de su carrera militar en su labor y cumplimiento de la misión institucional, bajo los siguientes criterios:

- **Desempeño profesional:** Aspectos positivos, felicitaciones, conceptos positivos y acciones positivas, tales como medallas, jinetas, listas, escalafón.
- **Cargos Desempeñados:** Tiempo en meses, como comandantes de escuadra, sección, pelotón y otros.
- **Capacitación y preparación profesional:** Carreras, estudios, cursos y puestos.
- **Cultura física:** Resultado final prueba física realizada por el CICFE- ESCO.M
- **Puntos negativos:** Relevó de cargos, represión simple, formal, anotación de mérito y concepto negativo.
- **Personal problemas de justicia.**
- **Personal problemas de sanidad.**
- **Decisión del comité.**

**5.1.2.12.** Medio magnético contentivo de las declaraciones rendidas ante el Despacho el 5 de noviembre de 2019, por los señores Sandra Catalina Gómez Cardona, Denise Yanira Barrios Romero, Rosa Elvira Castro Riveros, Edgar Humberto Beltrán Acosta, Yesnid Arleen Pinzón Guinea, Anderson Humberto Sánchez Herrera, Juan Carlos Forero Arango, Lisandro Alberto Lesmes Peña y Sara Correa.

## **5.2. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, dentro de la audiencia Inicial llevada a cabo el 25 de junio de 2019, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en establecer si con la expedición de la Resolución No. 0255 del 19 de enero de 2018, por medio de la cual se retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares a unos Oficiales del Ejército Nacional, por llamamiento a calificar servicios, entre estos al demandante, se incurrió en causal de nulidad que desvirtuó su legalidad y si hay lugar a que se paguen, como consecuencia, los perjuicios reclamados.

### **5.2.1 Normatividad que fundamenta la decisión de retiro de los Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional frente al caso concreto.**

Para desatar el debate es preciso tener en cuenta que a la fecha de expedición de la Resolución No. 0255 del 19 de enero de 2018, estaba vigente la reglamentación sobre retiro del servicio prevista en el Decreto 1790 del 14 de septiembre de 2000, norma que se invoca como fundamento legal de la decisión cuestionada y que constituye el régimen que cobija a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y, por lo tanto, aplicable a la situación concreta del demandante.

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

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

**Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas**

**Militares**, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

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

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

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

a) Retiro temporal con pase a la reserva:

1. Por solicitud propia.

2. Por cumplir cuatro (4) años en el grado de General o Almirante, salvo lo dispuesto en el artículo 102 de este decreto.

3. Por llamamiento a calificar servicios.” (Subrayado fuera del texto original).

Ahora bien, el retiro por llamamiento a calificar servicios se halla definido en el artículo 103 del citado estatuto, modificado por el artículo 25 de la Ley 104 de 2006, así:

**“Artículo 103. Llamamiento a calificar servicios.** Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro.”.

De conformidad con las normas transcritas, el uso de la facultad de retiro por llamamiento a calificar servicios impone cumplir dos condiciones: la primera, que el militar satisfaga los requisitos para adquirir asignación de retiro y, la segunda, que exista un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, sin que las normas exijan motivación expresa del acta de la Junta Asesora o del acto de retiro.

En ese sentido, para que opere el retiro por llamamiento a calificar servicios se debe acreditar como mínimo quince (15) años de servicios, de conformidad con lo señalado en el artículo 1 del decreto 0991 de 2015 “*Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro a un personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares*”, que contempló:

**“Artículo 1°. Asignación de Retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.** Fíjese el

régimen de asignación mensual de retiro para el personal de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, escalafonados con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados del servicio activo **después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios** o por retiro discrecional según el caso, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, según corresponda, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 13 del Decreto número 4433 de 2004, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto, incrementando en un dos por ciento (2%) por cada año adicional después de los veinticuatro (24) años de servicio, sin que el total sobrepase el noventa y cinco (95%) de las partidas computables.

Parágrafo. Las condiciones previstas en este artículo para tener derecho a una asignación de retiro son aplicables al Oficial y Suboficial de las Fuerzas Militares que sea retirado del servicio activo después de quince (15) años de servicio, por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente” (Negrilla fuera del texto original)

### 5.2.2 Precedentes jurisprudenciales sobre el caso bajo estudio.

La H. Corte Constitucional en Sentencia C-072 del 22 de febrero de 1996<sup>1</sup>, al pronunciarse sobre la causal de retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios, expresó:

*“El llamamiento a calificar servicios (...) [es un] valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la promoción de otros, lo cual, en cuanto constituye ejercicio de una facultad inherente a la normal renovación del personal de los cuerpos armados y a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, no puede equipararse con formas de retiro cuyos efectos son puramente laborales y sancionatorios, como la destitución. **Tal atribución hace parte de las inherentes al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de la fuerza pública, cuyas autoridades deben disponer de poderes suficientes para sustituir, en la medida de las necesidades y conveniencias, con agilidad y efectividad, al personal superior y medio de las jerarquías militares y de policía, con base en apreciaciones y***

---

<sup>1</sup> Ref.: Expedientes acumulados D-1044, 1045 y 1046, demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 56 (parcial), 58 y 67 del Decreto 132 de 1995; 6, 7 y 11 del Decreto 574 de 1995; 8 y 12 del Decreto 573 de 1995, Actores: Efraim Largo, Jairo Armando Macera Romero y Jesús Antonio Ordoñez Camelo, Magistrado Ponente: Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

**evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio.** (Subraya el Despacho).

*Para la Corte es claro que lo consagrado en el artículo no es una norma en contra del oficial o suboficial en su condición de trabajador sino una limitante a la libre disposición superior, en favor del subalterno, a quien se otorga la certidumbre de que el Gobierno o la Policía no pueden hacer uso de la facultad de llamar a calificar los servicios de sus oficiales y suboficiales sino después de transcurridos quince años de servicios”.*

En el mismo sentido, el H. Consejo de Estado en sentencia del 17 de noviembre de 2011<sup>2</sup>, señaló que el llamamiento a calificar servicios es una herramienta que permite el relevo en la línea jerárquica de la entidad, permitiendo el ascenso y promoción del personal, siendo la forma corriente de culminar la carrera oficial, sin comportar sanción, despido ni exclusión denigrante. Al efecto, sostuvo:

*“En punto del tema del llamamiento a calificar servicios, estima la Sala que tal medida atiende a un concepto de evolución institucional, en este caso del Ejército Nacional, conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, a los desafíos a los que se enfrenta una institución cuyo objetivo principal, es salvaguardar la soberanía en todo el territorio nacional. En este sentido, estamos en presencia de un valioso instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos.*

*Si bien es cierto, el llamamiento a calificar servicios en términos prácticos conduce al cese de las funciones de un agente en servicio activo, ello no comporta una sanción, despido ni exclusión infamante o denigrante; por el contrario las normas que prevén tal instrumento consagran en favor del personal retirado, entre otras medidas, el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares y personales”.*

Por su parte, la H. Corte Constitucional en Sentencia de Unificación 091 del 25 de febrero de 2016, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, señaló:

*“(…)*

*Por otra parte, la figura exclusiva de la Fuerza Pública del llamamiento a calificar servicios, que es incluida como causal de retiro temporal de las Fuerzas Militares, se constituye como una de las formas normales de terminación de la carrera activa, y a su vez, **bajo el entendido de que corresponde a la necesidad de las Fuerzas Militares de mantener una estructura piramidal en la que solo unas pocas***

---

<sup>2</sup> C.P. Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE. Radicación número: 68001-23-31-000-2004-00753-01(0779-11). Actor: MARIO ALBERTO CAÑAS ORTEGA. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.

**excepciones van a lograr llegar a los escaños más altos de la pirámide jerárquica. Esta herramienta permite, con el mayor respeto a los derechos de los oficiales y suboficiales - pues solo opera cuando se han cumplido los requisitos para la asignación de retiro, - y dentro de la dignidad propia de la milicia – pues se mantiene el rango y los honores – que la institución disponga de una herramienta que le permita pasar a la reserva activa a los miembros de la institución, sin tener que buscar motivaciones distintas a la recomendación de la Junta Asesora que corresponda.**

(...)

**3.7.2.3. En síntesis, el retiro por llamamiento a calificar servicios es una herramienta con la que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar la renovación o el relevo del personal uniformado dentro de las escalas jerarquizadas propias de la institución y permitir con ello el ascenso y la promoción de otros funcionarios, régimen especial dispuesto por mandato constitucional y desarrollado en los Decretos Ley 1790 y 1791 de 2000 y las Leyes 857 de 2003 y 1104 de 2006. El presupuesto que da razón a la aplicación de esta causal tal y como se mencionó es haber cumplido un tiempo mínimo en la institución y tener derecho a la asignación de retiro**". (Negrilla del texto original).

El anterior criterio jurisprudencial fue reiterado en la sentencia de Unificación SU-217 del 28 de abril de 2016<sup>3</sup>, en la que dicha Corporación, concluyó:

**“Régimen legal del llamamiento a calificar servicios y las reglas jurisprudenciales vigentes para su aplicación y control. Reiteración de la sentencia SU-091 de 2016.**

15. El llamamiento a calificar servicios es una figura que encuentra sustento en la naturaleza constitucional de la Fuerza Pública como garante de la integridad, convivencia y seguridad de la Nación. En el caso de la Policía Nacional, la Constitución le otorga al Legislador la facultad de regular todo lo concerniente al régimen de carrera de la institución<sup>4</sup>. Así, la Ley 857 de 2003 señala que los miembros del cuerpo de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional solo podrán ser llamados a calificar servicios cuando cumplan con los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro<sup>5</sup> y cuando exista un concepto previo de la junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la

<sup>3</sup> Referencia: Expedientes T-5.173.085 y T-5.189.329 y T-5.189.400 (acumulados), acciones de tutelas presentadas por el Ministerio de Defensa Nacional contra el Tribunal Administrativo de Caldas y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

<sup>4</sup> Constitución Política. Artículo 218. “La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario”.

<sup>5</sup> Ley 857 de 2003. Artículo 3o. Retiro por llamamiento a calificar servicios. “El personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, sólo cuando cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro”.

Policía Nacional<sup>6</sup>. A su vez, el Decreto 1791 de 2000<sup>7</sup> precisó que para que esto ocurra, el oficial o agente deben haber cumplido mínimo 15 años de servicio en la institución.

Por otro lado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado las características principales de esta figura. Por ejemplo, la **sentencia C-072 de 1996**<sup>8</sup>, que en su momento analizó las normas vigentes sobre las formas de retiro en la Policía Nacional señaló que el llamamiento a calificar servicios, a diferencia del retiro por voluntad de la Dirección Nacional, se caracteriza por los siguientes elementos, a saber: (i) no consagra el retiro forzoso ni permanente del oficial por el simple hecho de cumplir cierto número de años en la institución, toda vez que esta figura implica el ejercicio de una facultad discrecional que, aunque conduce al cese de las funciones del oficial, no significa una sanción, despido o exclusión deshonrosa; (ii) **es un valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica de la Fuerza Pública que busca permitir el ascenso y la promoción continua, lo cual no es otra cosa que la normal renovación del personal en los cuerpos armados y la manera corriente de culminar una carrera en la misma;** y (iii) el llamamiento hace parte de las atribuciones inherentes al ejercicio del poder de mando y conducción, en la medida en que las autoridades militares y policiales deben disponer de los poderes para sustituir eficazmente, en la medida de las necesidades y conveniencias, los mandos superiores y medios de la institución, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional”.

Bajo el anterior contexto jurisprudencial, es claro que el llamamiento a calificar servicios es una figura aplicable en ejercicio de la facultad discrecional del Gobierno Nacional que conduce al cese de las funciones en el servicio activo del uniformado, la cual solo procede cuando se cumple el presupuesto *sine quanon* de hacerse acreedor a la asignación de retiro, **sin que ello signifique sanción, despido ni exclusión deshonrosa de la Institución.**

### 5.3. CASO CONCRETO.

---

<sup>6</sup> Ley 857 de 2003. Artículo 10. Retiro. “El retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, es la situación por la cual este personal, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio. El retiro de los Oficiales se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional. El ejercicio de esta facultad, podrá ser delegada en el Ministro de Defensa Nacional hasta el grado de Teniente Coronel. El retiro de los Suboficiales se efectuará a través de resolución expedida por el Director General de la Policía Nacional. El retiro de los Oficiales deberá someterse al concepto previo de la junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales. La excepción opera igualmente en los demás grados, en los eventos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, cuando no supere la escala de medición del decreto de evaluación del desempeño y en caso de muerte”.

<sup>7</sup> Decreto Ley 1791 de 2000. Artículo 57. Retiro por llamamiento a calificar servicios. “El personal de agentes de la Policía Nacional sólo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido quince (15) años de servicio. El personal del Nivel Ejecutivo sólo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios después de haber cumplido veinte (20) años de servicio”.

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-072 de 1996. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

En el asunto de la referencia el señor Miguel Antonio Linares Castro, a través de apoderada judicial, deprecia la nulidad del acto administrativo por medio del cual la entidad demandada lo retiró del servicio activo, en forma temporal con pase a la reserva, por llamamiento a calificar servicios.

Del marco normativo expuesto y de los precedentes jurisprudenciales citados líneas atrás, resulta claro que para que opere el llamamiento a calificar servicios el funcionario debe cumplir la exigencia del tiempo mínimo para acceder a la asignación de retiro y existir un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares.

Ahora bien, del extracto de la hoja de vida obrante en el plenario, se advierte en primer término, que el señor Miguel Antonio Linares Castro prestó sus servicios al Ejército Nacional por **21 años, 4 meses y 12 días**, por lo que resulta claro que cuando fue retirado por la causal de llamamiento a calificar servicios, ya había adquirido el derecho a la mencionada prestación, de conformidad con el artículo primero del Decreto 0991 del 15 de mayo de 2015.

Igualmente, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares a través del Acta No. 15 del 27 de noviembre de 2017, recomendó al Gobierno Nacional el retiro del señor Miguel Antonio Linares Castro por la causal de llamamiento a calificar servicios, en razón a que contaba con más de 15 años de servicio, tiempo que lo hacía acreedor a una asignación de retiro, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 0991 del 15 de mayo de 2015 y en los artículos 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000, modificados por los artículos 5° de la Ley 1792 de 2016 y 25 de la Ley 1104 de 2006, *respectivamente*.

En ese sentido, en virtud de la mencionada recomendación el Ministro de Defensa Nacional emitió la Resolución No. 0255 del 19 de enero de 2018, por medio de la cual retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares al actor, en virtud de la mencionada normatividad.

En consecuencia, se encuentra acreditado que el demandante cumplía con los requisitos expresamente establecidos por la Ley, que dieron lugar a la

facultad legítima del Ministerio de Defensa Nacional de ser retirado del servicio activo por llamamiento a calificar servicios, esto es, tener derecho al pago de una asignación de retiro y que su desvinculación de la Institución estuviera precedida del concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares.

Ahora bien, corresponde al Despacho referirse a los cargos alegados en el libelo demandatorio con los cuales se pretende desvirtuar la presunción de legalidad de la Resolución No. 0255 del 19 de enero de 2018.

La parte actora aludió que si bien el acto administrativo demandado fue precedido de un acto preparatorio, esto es, de la “*RECOMENDACIÓN*” de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, tal como se exige en el artículo 99 del Decreto Ley 1790 de 2000, este resulta ineficaz de pleno derecho, toda vez que carece de motivos y de la selección exigida en la ley para aplicar la facultad que permite el retiro de un personal y el ascenso de otros, pues solamente se limitó a realizar la transcripción de normas que desarrollan la carrera militar y de jurisprudencia que ha sido revaluada.

Al respecto, advierte el Despacho que, como quedó visto, a través del Acta No. 15 del 27 de noviembre de 2017, se sometió a consideración de los integrantes de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares el retiro del señor Miguel Antonio Linares Castro, por la causal de llamamiento a calificar servicios, teniendo como motivación que contaba con un tiempo en actividad superior a 15 años de servicios, el cual lo hacía acreedor a una asignación mensual de retiro, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 0991 del 15 de mayo de 2015.

A su vez, la Resolución No. 0255 del 19 de enero de 2018, contiene el sustento normativo y jurisprudencial que fundamenta el retiro por llamamiento a calificar servicios, indicando como único argumento, que se sometía a consideración de los Integrantes de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares dar de alta al señor Miguel Antonio Linares Castro, en razón a que contaba con un tiempo superior de 15 años de servicios, circunstancia que lo hacía beneficiario de una asignación mensual de retiro.

Así las cosas, no le asiste razón a la apoderada del actor al señalar que la entidad demandada desconoció las etapas previas para el retiro del señor Miguel Antonio Linares Castro por dicha causal pues, el artículo 99 del Decreto Ley 1790 de 2000, solo exige que **“Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares”** -negrita del Despacho-, requisito que se cumplió en el presente caso.

En ese sentido, se advierte que el acto administrativo demandado se ciñó a los parámetros establecidos para la causal de llamamiento a calificar servicios, pues la misma solo exige que exista un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional y tener derecho a la asignación de retiro, lo que se constituye como un reconocimiento a la labor, convirtiéndose en una forma normal de terminación de la carrera militar, que obedece a razones de conveniencia, permitiendo la renovación del personal uniformado, en razón a la estructura jerárquica piramidal establecida, sin que signifique como lo sostiene la parte actora un despido deshonoroso, ni desvinculación arbitraria con motivos sancionatorios, además que **no está sujeta exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario.**

Ahora bien, en el libelo demandatorio se sostuvo que el demandante reunía los requisitos legales para ser llamado a curso y posterior ascenso; sin embargo, las vacantes existentes fueron cubiertas con personal que debió ser retirado del servicio debido a los procesos administrativos, penales y disciplinarios, que contravienen lo dispuesto en el literal f) numeral 2° del artículo 60 del Decreto Ley 1799 de 2000.

Sobre el particular, el artículo 3° de Decreto 1790 de 2000 *“por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”*, determinó:

**“ARTÍCULO 3. ESCALAFÓN DE CARGOS.** *El escalafón de cargos constituye la base para determinar la planta de personal de las Fuerzas Militares. Es la lista de cargos dentro de la respectiva Fuerza, que se establece para cada uno de los grados de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, clasificados por fuerza, arma, cuerpo y especialidad, mediante una clara definición de la función*

*operacional, logística, administrativa, perfil y requisitos mínimos para el cargo”.*

A su turno, el artículo 4° de dicha disposición legal, precisó que *“La planta de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, será fijada por el Gobierno Nacional, con base en las necesidades de las mismas... La planta detallará el número de miembros por grado y Fuerza”*

Por su parte, el artículo 51 *ejusdem*, respecto a las condiciones de ascenso de los oficiales u suboficiales, preciso:

**“ARTÍCULO 51. CONDICIONES DE LOS ASCENSOS.** *Los ascensos se confieren a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad que satisfagan los requisitos legales, dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes conforme al decreto de planta respectivo, al escalafón de cargos y con sujeción a las precedencias resultantes de la clasificación en la forma establecida en el Reglamento de Evaluación y Clasificación para el personal de las Fuerzas Militares”* (subrayado del Despacho).

En cuanto a los requisitos mínimos, el artículo 53 *ibidem*, indicó:

**“ARTÍCULO 53. REQUISITOS MÍNIMOS PARA ASCENSO DE OFICIALES.** *Los oficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior cuando cumplan los siguientes requisitos mínimos:*

- a. Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en el presente Decreto.*
- b. Capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales reglamentarias.*
- c. Adelantar y aprobar los cursos de ascenso reglamentarios.*
- d. Acreditar aptitud sicofísica de acuerdo con el reglamento vigente.*
- e. Acreditar los tiempos mínimos de mando de tropa, embarco o vuelo, para los grados de Subteniente, Teniente, Capitán y sus equivalentes en la Armada Nacional, como se estipula en el presente Decreto.*
- f. Concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.*
- g. Tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el Reglamento de Evaluación y Clasificación.*

**PARÁGRAFO.** *El requisito de curso de que trata el literal c en el caso del personal de oficiales que se desempeñan en el área de inteligencia militar encubierta, se podrá cumplir mediante un mecanismo alterno que adoptará el comandante de fuerza respectivo, con aprobación del Comando General de las Fuerzas Militares”* (resaltado fuera del texto original).

De la normatividad en cita, se concluye que los oficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior, entre otros aspectos, **cuando superen los cursos de ascenso**, en el caso particular del actor, el de Estado Mayor, el cual se encuentra contenido en el artículo 68 del referido Decreto 1790 de 2000, a cuyo tenor:

**“ARTÍCULO 68. CURSO DE ESTADO MAYOR.** *Para ascender al grado de Teniente Coronel o Capitán de Fragata; se requiere adelantar y aprobar un curso que se denominará «Curso de Estado Mayor», el cual se llevará a cabo en la Escuela Superior de Guerra de Colombia.*

**PARÁGRAFO.** *Para ingresar al curso de que trata este artículo, los aspirantes seleccionados por los comandos de fuerza, deberán someterse a pruebas de admisión, de acuerdo con las disposiciones que para el efecto expida el Ministro de Defensa Nacional”* (resaltado del Despacho).

Así las cosas, los Comandos de las Fuerzas Militares están facultados para seleccionar los miembros de la fuerza pública que pueden acceder a los cursos de ascenso, **siempre que superen las pruebas de admisión**, destinadas para dicho fin por el Ministerio de Defensa Nacional.

Al respecto, la Mayor Catalina Ruiz Torres, Oficial Evaluación y Desarrollo, mediante el Oficio No. 20193602297121 del 22 de noviembre de 2019, le comunicó a este Despacho que el actor, fue **aspirante al Curso de Estado Mayor** y en la evaluación de las pruebas psicológicas, obtuvo el siguiente resultado:

360°	PRUEBA DE COMETENCIAS BIP	KOSTIK	VALANTI	ENTREVISTA	TOTAL
7.88%/10%	8.23%/20%	13.75%/15%	12.35%/15%	34.67%/40%	76.88%

Igualmente, refirió que “*el nivel de desarrollo de sus competencias es medio, evidenciando comportamiento (sic) elementales*”.

Así mismo, obran en el plenario las evaluaciones realizadas al actor a lo largo de su trayectoria profesional en la institución, en las que se evidencia que en algunos indicadores fue calificado con desempeño “*MUY BUENO*” (vigencias 2001 a 2013) y “*EXCELENTE*” (años 2004, 2005, 2008 a 2013 y 2016 a 2017).

De otro lado, según la Evaluación de la prueba 360° realizada al actor, se evidencia que fue calificado, así:

360° (1)	Competencias (2)	Personalidad (3)	Valores (4)	Entrevista (5)	1	2	3	4	5	Calificación	Ranking
7,9	535,0	33,0	247,0	26,0	7,88%	8,23%	13,75%	12,35%	34,67%	76,88%	300

En efecto, en la evaluación realizada al señor Miguel Antonio Linares Castro, se precisó que obtuvo los siguientes puntajes:

- a) Desempeño profesional:
  - *Subtotal aspectos positivos: 2000*
  - *Subtotal acciones positivas: 780*
  - *Aspectos negativos: 0*
- b) Cargos desempeñados: 4825
- c) Capacitación y preparación profesional: 210
- d) Prueba física – Mayor: 0

Igualmente, se advierte que el Comité de Evaluación analizó los aspectos negativos del folio de vida del actor, respecto a la anotación realizada el “2005/08/03”, según la cual, “... *EL COMANDO DEL GAULA MAGDALENA LE HACE UNA ANOTACIÓN NEGATIVA POR EL INCUMPLIMIENTO D (SIC) FUNCIONES Y RESPONSABILIDADES INHERENTES AL CARGO DEMOSTRADOS POR LA DECIDÍA Y FALTA DE COMPROMETIMIENTO CON LA UNIDAD, EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS ORDENES CONSISTENTES EN NO HABER ORGANIZADO LOS DESTACAMENTOS Y LA ASIGNACIÓN DE LAS ARMAS DE ACOMPAÑAMIENTO, DE LA MISMA FORMA POR NO PRESENTAR A TIEMPO TODOS LOS ELEMENTOS DE RETEN QUE TIENE ASIGNADO LA UNIDAD OPERACIONAL, HABIÉNDOLES DADO LAS ORDENES PERTINENTES PARA CADA CASO*”.

En virtud del anterior estudio, se precisó que “*EL COMITÉ DE EVALUACIÓN, RECOMIENDA QUE EL OFICIAL **NO DEBE SER TENIDO EN CUENTA PARA INGRESO A CURSO**, PUESTO QUE NO REÚNE LOS LINEAMIENTOS ÉTICOS Y PROFESIONALES PARA ASCENDER A UN GRADO SUPERIOR, AL NO CONTAR CON LA CONFIANZA DEL MANDO PARA ASIGNARLE CARGOS DE MAYOR RESPONSABILIDAD, LO QUE AFECTA*

*ELSERVICIO (SIC) EN RAZÓN A LOS MOTIVOS ANTERIORMENTE EXPUESTOS, NO PERMITE QUE EL MILITAR DESEMPEÑE DEBERES DE MAYOR ENVERGADURA EN EL ÁREA ADMINISTRATIVA Y OPERACIONAL” -* negrilla fuera del texto original-.

Así mismo, se aportó al expediente el Acta No. 99049 del 2 de octubre de 2017, en la cual se dejó constancia que el 26 de septiembre de dicha anualidad, el Brigadier General Marcos Evangelista Pinto Lizarazo, Presidente del Comité Evaluador y los señores Oficiales Evaluadores, bajo promesa de honor Militar afirmaron que efectuaron el estudio final de personal de Oficiales Superiores de Grado Mayor, considerados para realizar Curso de Estado Mayor, determinado que el señor Linares Castro no debía ser llamado a curso, por las razones expuestas anteriormente.

A su vez, del Acta No. 04346 del 20 de octubre de 2017, que trata el estudio y recomendación por parte del Comité de Evaluación de los Oficiales Superiores de Grado Mayor considerados para realizar curso de Estado Mayor y Curso de Información Militar 2018, se consignó que *“Realizada la verificación del estudio realizada por el Comité de Evaluación para llamamiento a curso CEM CIM 2018, se pudo establecer que fue un estudio detallado y fundamentado en un análisis juicioso y metódico de todos los aspectos de la carrera militar, familiar y personal de los señores Oficiales en el grado Mayor que fueron estudiados, por lo que se ratifican las decisiones tomadas y **no se considera el LLAMAMIENTO A CURSO**”* del señor Miguel Antonio Linares Castro.

Posteriormente, a través de la Comunicación No. 20173055141283 del 25 de octubre de 2017, el coronel Giovanni Valencia Hurtado, Director de Personal del Ejército Nacional, le informó al actor que el *“COMITÉ MANTIENE DECISIÓN NO INCLUIRLO PRESENTACIÓN EXAMENES ADMISION X SEGÚN ACTA 04346 20 OCTUBRE DE 2017 X DIRECTOR DE PERSONAL EJERCITO NACIONAL”*.

Bajo esta óptica, se concluye que el demandante no cumplió a cabalidad con las exigencias requeridas para superar las pruebas de admisión al Curso de Estado Mayor CEM-2018; sin embargo, no por ello se puede atribuir que esta fuera la razón por la cual fue retirado de la Institución,

pues como se señaló en párrafos precedentes, se encontraba incurso en una de las causales para ser retirado por llamamiento a calificar servicios, cual era tener derecho a la asignación de retiro, por haber cumplido el tiempo mínimo requerido.

Aunado a lo anterior, vale la pena resaltar que en el *sub examine* se alude a que el demandante adquirió un puntaje superior, frente a otros compañeros que si fueron llamados al Curso de Estado Mayor y en los alegatos de conclusión, la parte actora manifestó que el superior que evaluó al señor Miguel Antonio Linares Castro no realizó una valoración adecuada frente a su folio de vida; además, solo trabajó con él 2 meses y únicamente lo veía 3 días a la semana, ya que el actor se encontraba la mayor parte del tiempo en Bogotá, realizando una maestría lo que le impidió ser coherente en la calificación; sin embargo, tales afirmaciones no se encuentran respaldadas por ninguno de los medios probatorios consagrados en la ley, amén que, se reitera, dicha circunstancia no fue la que condujo a su retiro de la institución.

Ahora bien, en cuanto a la afirmación según la cual, a la fecha no existe reglamentación, normatividad o legislación que dirija el proceso del estudio de las pruebas 360°, que fueron impuestas por el Ejército Nacional, las cuales, según lo expuesto por la parte actora arrojan dudas de su procedimiento, se precisa que, en efecto, su aplicación no deviene de un aspecto legal, dado **que su génesis se circunscribe el requisito previsto en el artículo 68 del referido Decreto 1790 de 2000**, el cual faculta a los Comandos de las Fuerzas Militares para seleccionar los miembros de la fuerza pública que pueden acceder a los cursos de ascenso, **siempre que superen las pruebas de admisión**, destinadas para dicho fin por el Ministerio de Defensa Nacional.

Así las cosas, la aplicación de dicha prueba, no significa per-se- un actuar ilegítimo por parte de la demandada y, por el contrario, su práctica supone un mayor respaldo y fundamento en la toma de decisión de ascenso, pues de acuerdo con la misma se miran en su conjunto aspectos de competencias, personalidad y valores del oficial, sumados a la entrevista, para de allí derivar la decisión de ascender o no al aspirante.

De otro lado, la apoderada del señor Miguel Antonio Linares Castro señaló que la entidad demandada no tuvo en cuenta las calificaciones que obtuvo durante el tiempo que prestó sus servicios en la institución, como tampoco su trayectoria profesional, la cual fue destacada por el mismo Ejército Nacional, toda vez que optó por llamarlo a calificar servicios, pasando por alto la conveniencia y necesidades del Ejército Nacional.

Sobre el particular, de las declaraciones rendidas ante este Despacho, en la audiencia llevada a cabo el 5 de noviembre de 2019, por el Coronel Yesnid Arleen Pinzón Guine, la Capitán de Navío Denise Yanira Barrios Romero, el Teniente Coronel Juan Carlos Forero Arango, el Teniente Coronel Lisandro Alberto Lesmes Peña y el Sargento Anderson Humberto Sánchez Herrera, se establece que el actor se destacó por sus condiciones profesionales, en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.

En efecto, sostuvo el Coronel Yesnid Arleen Pinzón Guinea que en el corto tiempo que tuvo la oportunidad de compartir en el Grupo CREI con el demandante, esto es, de dos o tres meses, este se caracterizó por ser una persona muy respetuosa, cumplía con las tareas a su cargo y su trabajo no tenía tacha alguna.

Por su parte, la Capitán de Navío Denise Yanira Barrios Romero, en su calidad de Jefe del actor desde el 11 de enero hasta finales del mes de octubre del año 2017, señaló que el comportamiento de este como Director de Asuntos Internacionales fue excelente, dado que contribuyó a identificar los lugares geográficos donde ocurrieron las situaciones y, en consecuencia, se pudo establecer los principales problemas que tenían las diferentes fuerzas Militares. Igualmente, refirió que a pesar de no ser abogado y *“estar mirando la defensa Internacional del Estado”*, la maestría que cursó en la Universidad Externado de Derechos Humanos, le sirvió para apoyar dentro de la Jefatura tal área, inclusive realizaron una directiva para los inmigrantes, aprovechando los nexos que él tenía con la Universidad y el Ministerio de Relaciones Exteriores, para aportar a la Oficina.

Así mismo, afirmó que no tuvo conocimiento del inicio de un proceso disciplinario en contra del señor Miguel Antonio Linares Castro y los

antecedentes disciplinarios y de derechos humanos que expide la Procuraduría General estaban al día, aspecto que se encuentra acreditado con lo comunicado por el Teniente Coronel Carlos Mauricio Peña Jiménez, Oficial Sección Jurídica DIPER, mediante el Oficio No. 20193052272491 del 19 de noviembre de 2019, en el cual se señaló que no tiene anotaciones disciplinarias.

Ahora, vale la pena resaltar que, frente a la pregunta elevada por la apoderada del demandante, orientada a que informara si creía que el señor Linares Castro cumplía con los requisitos para ascender al grado inmediatamente superior, el señor Barrios Romero, precisó que, si bien lo conoció durante 10 meses, donde logró avanzar en temas que estuvieron aislados y el concepto del General García lo recomendaba, lo cierto es que **la institución también tiene una potestad.**

A su turno, el Teniente Coronel Juan Carlos Forero Arango compañero de curso del actor y amigo de este desde el año 1997, a partir de que iniciaron su etapa de formación en la Escuela Militar de Cadetes, indicó que se caracterizó por la dedicación a la patria, con honor y lealtad y resaltó que su desempeño laboral fue muy profesional, generando resultados operacionales en pro de la Institución, siendo destacado por felicitaciones y condecoraciones.

A su vez, el Teniente Coronel Lisandro Alberto Lesmes Peña, compañero del actor desde que ingresaron a la Escuela Militar de Cadetes en el año 1997 y por 3 años, quien igualmente trabajó con este en dos oportunidades, aludió que se desempeñó cabalmente como ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón Mantilla, así como en los demás mandos que ejecutó y precisó que las condecoraciones que recibió el actor se generaron por prestar sus servicios con ética y esfuerzo como militar.

Finalmente, el Sargento Anderson Humberto Sánchez Herrera, quien fue subalterno del demandante en el año 2017, manifestó que este se destacó por su liderazgo, buen trato y compromiso con la Institución. Así mismo, afirmó que es una persona preparada, con capacidad de asumir las responsabilidades militares y sería un buen Comandante, por su capacitación y refirió que la medalla fe en la causa del Comando General,

se le otorga a las personas que laboran en el Comando General que no tienen mala conducta o comportamiento y que se desempeñan adecuadamente, tal como se presentó en el caso del actor, pues dicha condecoración no es otorgada a todo el personal.

Con las mencionadas declaraciones quedaron acreditadas las condiciones profesionales que tenía el demandante para el desempeño de las funciones propias de su cargo, así como el compromiso con el Ejército Nacional; sin embargo, basta reiterar que el retiro por llamamiento a calificar servicios es una herramienta con la que cuenta la Fuerza Pública para garantizar la **renovación o el relevo** del personal uniformado dentro de las escalas jerarquizadas propias de la institución y permitir con ello el **ascenso y la promoción de otros funcionarios**, tal como se consignó en el acto administrativo demandado, sin entrar a hacer las consideraciones sobre el buen servicio a las que alude el demandante pues ha de recordarse que el buen desempeño en el empleo es una obligación legal y constitucional de todo servidor público.

En consecuencia, la trayectoria profesional y las felicitaciones que en su momento se hayan otorgado al demandante, contrario a lo señalado por su apoderada, no generan un factor de inamovilidad como tampoco vinculan a la Administración para no decidir su remoción, habida cuenta que sin importar la idoneidad y las altas calidades profesionales para el desempeño de las funciones asignadas, basta el cumplimiento del presupuesto del tiempo de servicio requerido y la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, para que proceda su aplicación; amén, que para el retiro por llamamiento a calificar servicios no se exige como requisito, el estudio de la hoja de vida del Militar, pues, como se dijo anteriormente, implica el ejercicio de una facultad discrecional.

Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda- Subsección "A", en providencia del 21 de marzo de 2019<sup>9</sup>, señaló:

---

<sup>9</sup> Expediente: 1100133350182017-00238-01, demandante: Manuel Hernández Luna, Ministerio de Defensa –Ejército Nacional, Magistrado ponente: José María Armenta Fuentes.

“Una vez establecida la normatividad que regula el derecho que se reclama y aplicándola al caso sub lite, se puede establecer el personal de Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública solo pueden ser retirados del servicio, cuando cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro o pensión jubilatoria, esto con la finalidad de proteger la condición y necesidad alimentaria mínima. Presupuesto éste, que se satisface en el caso del señor Manuel Hernández Luna, por haber laborado al servicio del Ejército Nacional, por el periodo de 22 años, 8 meses y 6 días.

De otra parte no se discute en el plenario por las partes, acerca de las condiciones del buen servicio prestado por parte del ahora demandante. Por el contrario, aparecen exaltaciones y condecoraciones reconocidas de manera expresa en documentos idóneos pero, ello no constituye o se traduce que el Mayor ® Manuel Hernández Luna no pudiese ser retirado del servicio activo, aún más cuando cumplía con los requisitos establecidos los artículos 100 y 103 del Decreto 1790 del 14 de septiembre de 2000.

**Cabe resaltar que aunque el actor posea una excelente hoja de vida, el Gobierno Nacional puede llamar a los miembros de la Fuerza Pública a calificar servicios, pues dicha figura está legalmente reglamentada, y una vez que el uniformado haya prestado los servicios por el tiempo establecido para acceder o ser beneficiario a la asignación de retiro, puede ser desvinculado por la Institución, mediante Decreto Ministerial.**

Ahora bien, respecto a las pruebas para la admisión al Curso de Estado Mayor - CEM - 2017, observa esta Sala, **que el demandante no aprobó los parámetros exigidos para ser admitido al CEM - 2017, sin embargo no por ello se le puede atribuir que el retiro de la institución hubiera sido originado por esta razón, ya que se reitera el señor Manuel Hernández Luna se encontraba inmerso en una de las causales para ser retirado por llamamiento a calificar servicios, la cual era ser merecedor de la asignación de retiro, por llevar más de 15 años de servicios.**

Por último, en relación a la afirmación expuesta por la apoderada del señor Luna, referente a que la entidad accionada debía llamar nuevamente al accionante, para realizar por segunda vez las pruebas de admisión para el CEM - 2017, de conformidad con lo expuesto en el Decreto 989 de 1992, observa este Tribunal que mencionada normatividad fue derogada por el Artículo 60 del Decreto 1495 de 2002, el cual dispuso: "...El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto Reglamentario número 989 de 1992, con excepción del Capítulo I del Título II; Capítulo I, Capítulo II, Capítulo III y Capítulo IV del Título IV, y demás disposiciones que le sean contrarias...", **por lo anterior, queda demostrado que la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, no vulneró los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad del Mayor ® Manuel Hernández Luna** (Negrillas fuera del texto original).

Así las cosas, no es dable concluir que el retiro del actor por la causal de llamamiento a calificar servicios resultara violatorio de sus derechos al debido proceso, pues se reitera que cuando fue desvinculado de la Institución contaba con **21 años, 4 meses y 12 días** y, aunque dicha situación, condujo al cese de las funciones desempeñadas, no significa una

sanción, despido o exclusión deshonrosa, pues fue acreedor de una asignación de retiro, en virtud de lo contemplado en el artículo 1° del Decreto 0991 del 15 de mayo de 2015.

En ese sentido, no se demostró que la Resolución No. 0255 del 19 de enero de 2018, fuera expedida con un fin distinto y ajeno a la potestad del Ministerio de Defensa Nacional de realizar renovación generacional dentro de la línea jerárquica institucional y los argumentos expuestos en el libelo demandatorio no sustentan por si solos que fue proferida contrariando el espíritu de la Ley y el ordenamiento jurídico, incurriendo en un vicio que amerite declarar su nulidad.

Sobre dicho aspecto, el H. Consejo de Estado<sup>10</sup>, discurrió:

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

Bajo tales circunstancias, el Despacho considera que el acto administrativo de retiro se profirió con el cumplimiento de los requisitos legales para su procedencia, esto es, tener derecho a la asignación de retiro y el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, siendo el llamamiento a calificar servicios la terminación normal de la situación administrativa laboral del uniformado y no una sanción o despido.

En ese sentido, sin desconocer en momento alguno que el retiro de la institución militar por quien durante la mayor parte de su vida le sirvió a la patria puede generar sentimientos de dolor, tristeza y aflicción como ocurrió en el caso que nos ocupa, según lo afirmaron los declarantes Elvira Castro Riveros (madre), Sandra Catalina Gómez Cardona (esposa) y Sara Inés Ramírez Valero (psicóloga del colegio donde estudiaban sus hijos), lo cierto es que dicha circunstancia no acarrea como consecuencia el

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 9 de marzo de 2000, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, Radicado 815-99, Actor: Wilson Ortiz Díaz.

reconocimiento de los perjuicios morales reclamados, pues –se reitera– el retiro de la institución por llamamiento a calificar servicios corresponde a una modalidad de terminación normal de la vida militar prevista en la ley.

Adicionalmente, cabe señalar que, la desvinculación con fundamento en el llamamiento a calificar servicios, es temporal y con pase a la reserva, por lo que el Gobierno Nacional o el Ministerio de Defensa Nacional, según el caso no pretende hacer deshonoroso el retiro de los Oficiales de las Fuerzas Militares; por el contrario, con la asignación de retiro, brinda una especial protección al retirado y su familia, por lo que, cumplida la exigencia legal para obtener dicha prestación, ello se convierte en causa legal para el retiro, de modo que contrario a lo afirmado por la apoderada del actor, este pasó a disfrutar de un beneficio estatal no previsto para muchos otros sectores.

De otro lado, la apoderada del actor, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **26 de abril de 2021**, se pronunció frente al Acta No. 15 del 27 de noviembre de 2017, por medio de la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, consideró viable recomendar el retiro del actor por llamamiento a calificar servicios, señalando que i) no se encuentra acreditado que asistieran los 58 Generales a los que allí se hace alusión, como tampoco las intervenciones de estos, quienes pudieron estar en desacuerdo con la decisión adoptada, ii) no se hizo alusión a las solicitudes de reconsideración que el actor promovió ante el Comité iii) los referidos Generales no pueden sugerir ninguna opinión respecto de un militar sobre el cual no tuvieron cercanía al momento de prestar sus servicios, ya que no conocen su trayectoria militar y, iv) que el 27 de noviembre de 2017, el señor Ministro de Defensa estuvo durante 11 horas en el Congreso de la República, firmando la Ley estatutaria para la JEP, como se puede verificar en los diferentes medios de comunicación y, por ende, no se puede concluir que asistió a la reunión que se llevó a cabo en dicha fecha para recomendar el retiro del demandante, teniendo en cuenta que se debía evaluar un grupo numeroso de militares, que estarían en una lista para el ascenso a Teniente Coronel.

Sobre el particular, vale la pena resaltar que, en el caso bajo estudio, no se encuentra en discusión la legalidad de la referida acta, por la potísima

razón que comprende un acto de trámite que contiene una recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, la cual puede ser o no ser aceptada por la institución castrense, de conformidad con lo estipulado en el artículo 33 del Decreto 1932 de 1999, que a la letra dice: **“Recomendaciones de las Juntas Asesoras.** Las conclusiones de las Juntas se consignarán en forma de recomendaciones, que no podrán ser modificadas sino por el Ministro de Defensa Nacional. En los demás casos, las modificaciones deberán ser autorizadas por la respectiva Junta Asesora” – resaltado fuera del texto-.

Ahora bien, para el Despacho, no existen elementos de juicio que conlleven a determinar que la decisión adoptada en el acto demandado adolezca de vicio alguno, por el hecho de que en el acta no se incorporara la intervención de cada uno de los miembros de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional o las reconsideraciones que el actor promovió ante el Comité, pues allí se deben plasmar los aspectos relevantes de los asuntos que fueron objeto de consideración, ya que de no ser así, estaríamos en presencia de un documento interminable, máxime si se tiene en cuenta que en la sesión extraordinaria del 27 de noviembre de 2017, se analizaron las propuestas relativas al retiro de los oficiales del Ejército Nacional, por solicitud propia, llamamiento a calificar servicios o retiro absoluto, así como el cambio de fuerza, estudiando las situaciones en que se encontraban 174 uniformados.

Adicionalmente, no hay lugar a presumir que existió desacuerdo frente al caso del actor, toda vez que de su lectura se evidencia que tal decisión fue unánime. Al respecto, se señaló:

*“La Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares después de estudiar las propuestas sometida (sic) a su consideración por parte del señor General Comandante del Ejército Nacional, teniendo en cuenta que los señores Oficiales relacionados ... tienen derecho a la asignación de retiro conforme a lo establecido en los artículo 100 (modificado por el artículo 5ª, de la Ley 1792 de 2016) literal a) numeral 3 y el 103 (modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006) del Decreto Ley 1790 de 2000, **recomendó por unanimidad el retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios de los Oficiales...**”*

Aunado a lo anterior, basta reiterar lo expuesto a lo largo de la presente providencia, en el sentido que el buen desempeño del cargo del militar no se traduce en una estabilidad laboral absoluta, que impida a la institución acudir a la figura de retiro y pese a que se aduce que los miembros de la referida junta no conocían la trayectoria profesional del señor Miguel Antonio Linares Castro, no se puede desconocer que existe un procedimiento interno que permite con criterios objetivos, adoptar una decisión proporcional y razonable, en tal sentido<sup>11</sup>, como se presentó en el caso bajo estudio.

Así las cosas, se encuentra demostrado que en el *sub lite* se cumplió a cabalidad con los requisitos establecidos en la ley y la jurisprudencia, respecto al retiro del actor por llamamiento a calificar servicios, pues contó con la citada recomendación, la cual se sujetó a los términos contenidos en el Decreto 1932 de 1999, razón por la cual se garantizó el derecho al debido proceso que le asistía<sup>12</sup>.

De todo lo anterior, resulta claro que el Ministerio de Defensa Nacional podía ejercer previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares la facultad de retiro del servicio del señor Miguel Antonio Linares Castro al tener más de 21 años de servicio a la Institución y, así lo hizo, sin que se observe violación de las disposiciones invocadas en la demanda y sin que se haya desvirtuado por parte del demandante, la presunción de legalidad que reviste el acto demandado, razón por la cual, se denegarán las súplicas de la demanda.

#### **5.4. COSTAS.**

Se advierte que, si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia SU 239 del 30 de mayo de 2019, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Bernal Pulido, Acciones de tutela interpuestas por Henry Alfonso Cepeda en contra del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A” (T-6.530.835); y por William Triana Moreno en contra de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional (T-6.695.687).

<sup>12</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, 20 de marzo de 2013, expediente 05001-23-31-000-2001-03004-01(0357-12), actor: Víctor Hugo Pinzón Rojas, demandado: Ministerio De Defensa – Policía Nacional.

medida de su comprobación, lo cierto es que, en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandante en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

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

**RESUELVE**

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

**SEGUNDO.-** Sin costas a cargo de la parte demandante.

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

Notifíquese y Cúmplase

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ**

**JUEZ**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 014, de hoy 04 de junio de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

**Firmado Por:**

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ**  
**JUEZ**

**JUZGADO 018 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-  
SANTAFE DE BOGOTA 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:

**2f2c7f814abcb85f286ad45597aaea3d5d39f79b459b407f5d0345fdae  
ad91**

Documento generado en 03/06/2021 11:11:26 AM

**Valide éste 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., tres (3) de junio de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00257-00**  
**Demandante: CRISTHIAN CAMILO AVENDAÑO RONDÓN**  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO  
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO  
Asunto: SENTENCIA

---

El señor **CRISTHIAN CAMILO AVENDAÑO RONDÓN**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.023.868.279, 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 el demandante que se declare la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 28 de diciembre de 2018, frente a la petición elevada el 28 de septiembre de la misma anualidad, por medio de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la ley 1071 de 2006, por el pago tardío de una cesantía definitiva.

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

- ii) Reconocer, liquidar y pagar a favor del actor la sanción moratoria por no haber cancelado a tiempo el valor de las cesantías otorgadas en la Resolución No. 5298 del 30 de mayo de 2018, desde el “6 de junio de 2018”, hasta el “16 de agosto de 2018”, fecha de pago.
- iii) Reconocer liquidar y pagar la indexación de las sumas solicitadas en el numeral anterior, desde el día en que se pagaron las cesantías y hasta la fecha de cancelación de la sanción moratoria.
- iv) Reconocer liquidar y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, de conformidad con el artículo 192 del C. P. A. C. A.
- v) Dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en los artículos 189 y 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 el demandante alude a los siguientes hechos:

**1.2.1** Que el 6 de marzo de 2018, le solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de las cesantías a las que legalmente tiene derecho.

**1.2.2** Que mediante la Resolución No. 5298 del 30 de mayo de 2018, la entidad demandada le reconoció y ordenó el pago de las cesantías, la cual fue debidamente notificada y se encuentra ejecutoriada, pago que se realizó el “16 de agosto de 2018”.

**1.2.3** Que para resolver la petición de cesantías y proceder a su pago, la entidad demandada debe tener en cuenta los términos señalados en los artículos 4° y 5° de la ley 1071 de 2006, lapsos que fueron superados,

puesto que fueron canceladas de forma extemporánea, tal como se acredita en el libelo demandatorio.

**1.2.4** Que el 28 de septiembre de 2018, le solicitó a la entidad demandada el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, sin que hubiese un pronunciamiento de fondo, razón por la cual se configuró el silencio administrativo negativo, consagrado en el artículo 83 del C. P. A. C. A.

## **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, estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

Indicó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el encargado del reconocimiento y pago de las cesantías, tal como se desprende de los artículos 4° y 5° del Decreto 3752 de 2003 y 56 de la Ley 962 de 2005, previo proyecto expedido por la Secretaría de Educación territorial correspondiente.

En ese sentido, sostuvo que la entidad encargada del pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías, en el caso de los docentes, es el referido Fondo, el cual fue creado mediante la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación y está representado por el Ministerio de Educación Nacional.

Afirmó que el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas a los servidores públicos, se encuentra contenido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, disposiciones que contienen los términos para su pago.

Manifestó que, en el caso particular del actor, el acto administrativo que ordenó el reconocimiento de sus cesantías se profirió de forma extemporánea y el pago se realizó después del término contemplado en la referida normatividad, razón por la cual la entidad demandada

incurrió en mora y, en consecuencia, debe cancelarle un día de salario por cada día de retraso.

### **III. CONTESTACIÓN**

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **10 de marzo de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las siguientes excepciones:

**i) Improcedencia de la indexación de la sanción moratoria:**

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

**ii) Improcedencia de la condena en costas:**

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

Por su parte, el apoderado del actor, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **22 de enero de 2021**, describió el traslado de las referidas excepciones, en forma oportuna, oponiéndose a su prosperidad.

### **IV. ALEGATOS**

#### **4.1. Parte Demandante**

El apoderado de la parte actora, a través de escrito allegado el **6 de mayo de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión señalando que la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, se encuentra definida en las sentencias de unificación proferidas el 18

de mayo de 2017 y el 18 de julio de 2018, por la H. Corte Constitucional y el Consejo de Estado – *respectivamente*.

En virtud de las referidas providencias, solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda, en la medida que, mediante la Resolución No. 5298 del 30 de mayo de 2018, la entidad demanda le reconoció las cesantías al actor y el pago se realizó hasta el “16 de agosto de 2018”, superando el término concedido por la ley para dicho efecto.

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

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el No. **20211181027951 del 6 de mayo 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 **29** 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 constituye excepción de mérito que impida resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

En relación con la **imposibilidad de condena en costas**, cabe advertir que no constituye un medio exceptivo, sino es 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. 5298 del 30 de mayo de 2018, mediante la cual la Secretaría de Educación Distrital reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva al demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 6 de marzo de 2018.

**5.2.2.** Derecho de petición radicado bajo el No. E-2018-149555 del 28 de septiembre de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual el actor deprecó el reconocimiento y pago de la sanción por mora.

**5.2.3.** Desprendible del Banco BBVA, donde consta el pago de la cesantía por valor de \$4.123.100,00 m/cte.

**5.2.4.** 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 21 de julio de 2018.

**5.2.5.** Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 27 de marzo de 2019, en la Procuraduría 10 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida.

**5.2.6.** Copia de la cédula de ciudadanía del actor.

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

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

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 **28 de septiembre de 2018**, mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 28 de septiembre de 2018, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

*(...)”.*

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

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

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

Por su parte, el artículo 2° dispone: *“La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha*

*de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

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

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

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

*PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías **definitivas o parciales** de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término*

*previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.”* (Negrillas fuera del texto original)

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

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

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

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017<sup>1</sup>, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

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

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

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

**9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al**

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

**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 Cristhian Camilo Avendaño Rondón, ostentó la

calidad de docente vinculado a la Secretaría de Educación Distrital 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 - 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 término (67 días posteriores a la expedición del acto, vii) acto escrito –renunció a la notificación (45 días desde la renuncia y viii) acto escrito-interpuso recurso- (45 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso).

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 5298 del 30 de mayo de 2018, el demandante solicitó el pago de sus cesantías definitivas el **6 de marzo de 2018**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **28 del mismo mes y año**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **30 de mayo de 2018**, esto es, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **7 de marzo de 2018**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual

significa que el pago de las cesantías definitivas debió realizarse a más tardar el **21 de junio de dicha anualidad**, suma que quedó a disposición del actor desde el **21 de julio de 2018**, como consta en la certificación expedida por la Fiduprevisora S. A., incurriéndose en mora del **21 de junio de 2018 al 20 de julio del mismo año**.

Sobre el particular, es menester aclarar que, si bien en el desprendible del Banco BBVA, en la Observación No. 2, se señala que el pago ingresó el 23 de julio de 2018 y que fue cobrado por el actor el 16 de agosto 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 del señor Avendaño Rondón en la entidad bancaria, el valor de las cesantías definitivas que le fueron reconocidas.

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

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

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

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

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. 5298 del 30 de mayo de 2018, que el actor se desvinculó del servicio a partir del **3 de agosto de 2015**, 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**<sup>2</sup>, dicha Corporación Judicial se ocupó de precisar la frase consignada en la sentencia arriba citada que indica “...Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.”, debido a que había lugar a varias interpretaciones, señalando sobre el particular:

“(...

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

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

(...)”.

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

---

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

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 **22 de julio de 2018** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 *ibidem*.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por el señor Cristhian Camilo Avendaño Rondón el 28 de septiembre de 2018, al encontrarse incurso en causal de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías definitivas, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **21 de junio y el 20 de julio de 2018**.

El valor del salario es el vigente para el **3 de agosto de 2015**, 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”<sup>3</sup>; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”<sup>4</sup>; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral<sup>5</sup>.

De conformidad con la normatividad en mención, 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 **21 de junio de 2018** y el señor Cristhian Camilo Avendaño Rondón formuló reclamación administrativa el **28 de septiembre de la misma anualidad**, en tanto la demanda se presentó el **6 de septiembre de 2019**, de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

## **5.7. COSTAS**

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

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

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

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

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

**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 **28 de septiembre de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2018-149555.

**SEGUNDO:** Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el No. **E-2018-149555 del 28 de septiembre de 2018**, a través de la cual el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías definitivas.

**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer al señor **CRISTHIAN CAMILO AVENDAÑO RONDÓN**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.023.868.279, 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 **21 de junio de 2018 y el 20 de julio de 2018**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para el **3 de agosto de 2015**, 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 **22 de julio de 2018 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C. P. A. C. A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

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

**SSEXTO:** 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.

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

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

**SSEXVENO:** 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. 014 de hoy 4 de junio de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

**Firmado Por:**

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ**

**JUEZ**

**JUZGADO 018 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-  
SANTAFE DE BOGOTA 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:

**6d64975950b2ab88bac89ae2d48d82ceda4470b0ab33f5ed7ea1d778d2b07  
002**

Documento generado en 02/06/2021 11:39:36 AM

**Valide éste 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., tres (3) de junio de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-2019-00311-00  
**Demandante: DIANA CAROLINA CASTELLANOS PÉREZ**  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO  
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **DIANA CAROLINA CASTELLANOS PÉREZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.743.063, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1 PRETENSIONES**

**(i)** Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 28 de diciembre de 2018, frente a la petición elevada el 28 de septiembre de 2018, por medio de la cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías.

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

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

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

**(iii)** Reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y 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 la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

**(iv)** Dar cumplimiento al fallo en el término de 30 días, contados desde la comunicación a la demandada, tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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

**(vi)** Al reconocimiento y pago de 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.

**(vii)** 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 parte demandante alude a los siguientes hechos:

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

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

**1.2.3.** Que por laborar como docente en los servicios educativos estatales, la actora le solicitó al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 3 de noviembre de 2017, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

**1.2.4.** Que por medio de la Resolución No. 1318 del 14 de febrero de 2018, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 25 de abril de 2018, por intermedio de entidad bancaria.

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

**1.2.6.** Que la actora solicitó la cesantía el 3 de noviembre de 2017, siendo el plazo para pagarla el día 19 de febrero de 2018, pero se realizó el 25 de abril de 2018, por lo que trascurrieron 65 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 septiembre de 2018, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

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

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

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

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

genera una sanción para la entidad, equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 70 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. CONTESTACION**

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **11 de febrero de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las siguientes excepciones:

**(i) Improcedencia de la indexación de la sanción moratoria:** Señaló que de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, la indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, aquellas que deben satisfacer mediante el pago de una cantidad determinada entre las que se cuentan,

las de índole laboral, en la medida que el fenómeno inflacionario produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda; sin embargo, en cuanto refiere a la sanción moratoria generada por el pago tardío de las cesantías, dicha indexación no es procedente.

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

#### **IV. ALEGATOS**

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

La apoderada de la parte actora dentro de la oportunidad legal no presentó escrito de alegatos de conclusión.

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

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 2021181013601 del 5 de mayo 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 **64** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

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

de la sanción mora por pago tardío de las cesantías, de allí que determinó la incompatibilidad de las dos figuras, toda vez que de no ser así se constituiría en una doble sanción para la Administración, haciendo más gravosa la situación de la Entidad.

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

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

#### **4.3. Ministerio Público.**

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

### **V. CONSIDERACIONES**

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

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

En relación con la **imposibilidad de condena en costas**, cabe advertir que no constituye un medio exceptivo sino es 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. 1318 del 14 de febrero de 2018, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada 3 de noviembre de 2017.

**5.2.2.** Derecho de petición radicado bajo el No. E-2018-149023 del 28 de septiembre de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías.

**5.2.3.** Desprendible de pago expedido por el Banco BBVA en el que consta que las cesantías parciales de la actora fueron canceladas el 25 de abril de 2018.

**5.2.4.** Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 21 de mayo de 2019, en la Procuraduría 33 Judicial II Penal con Funciones para la Delegada en Conciliación Administrativa, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

## **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el 28 de septiembre de 2018 ii) si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar

o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamada por la actora.

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

La apoderada de la parte actora depreca la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la Administración frente a la petición formulada por la demandante el 28 de septiembre de 2018, mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 28 de septiembre de 2018, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a cuyo tenor:

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

*(...)”.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017<sup>1</sup>, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

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

*Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna*

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

que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **5.5. CASO CONCRETO.**

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

### **5.5.1. Categoría de servidor público de la actora.**

Afirma la Sección Segunda del Consejo de Estado que "...los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la

*regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.”*

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

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora Diana Carolina Castellanos Pérez ostenta la calidad de docente de la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación Distrital -Recursos propios IED FLORENTINO GONZÁLEZ, 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. 1318 del 14 de febrero de 2018, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **3 de noviembre de 2017**, razón por la cual, la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es hasta el **28 de noviembre de 2017**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **14 de febrero de 2018**, esto es, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles desde el **7 de noviembre de 2017**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **19 de febrero de 2018**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **25 de abril de 2018**, como consta en el desprendible de pago expedido por el Banco BBVA, incurriéndose en mora del **19 de febrero de 2018 al 24 de abril de 2018**.

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

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

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

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

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

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

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de la entidad empleadora comprende una anualidad (**19 de febrero de 2018 hasta 24 de abril de 2018**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de febrero a abril de 2018.

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)”.

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

“(...)”

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

---

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

*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 **26 de abril de 2018** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la actora el 28 de septiembre de 2018, al encontrarse incurso en causal de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **19 de febrero de 2018 y el 24 de abril del mismo año.**

El valor del salario es el vigente para los meses de febrero a abril de 2018, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

## **5.6. PRESCRIPCIÓN**

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 “*Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales*”<sup>3</sup>; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 “*Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968*”<sup>4</sup>; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral<sup>5</sup>.

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

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía parcial, se hizo exigible a partir del **19 de febrero de 2018** y la señora Diana Carolina Castellanos Pérez formuló reclamación administrativa el **28 de septiembre de 2018**, en tanto la demanda se presentó el **19 de julio de 2019**, de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

## **5.7. COSTAS**

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio

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

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

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

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

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 **28 de septiembre de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2018-149023.

**SEGUNDO:** Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el No. E-2018-149023 **del 28 de septiembre de 2018**, a través de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías parciales.

**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **DIANA CAROLINA CASTELLANOS PÉREZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.743.063, 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 **19 de febrero de 2018 y el 24 de abril del mismo año**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para los meses de febrero a abril de 2018, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

**CUARTO:** La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **26 de abril de 2018 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO:** Sin costas a cargo de la parte demandada.

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

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ  
JUEZ**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL  
CIRCUITO DE BOGOTA D.C.  
Notificación por estado

La providencia anterior se notificó por  
ESTADO 014 de hoy 4 de junio de 2021 a  
la hora de las 8.00 A.M.

Firmado Por:



LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO  
Secretaría

GLORIA

MERCEDES

JARAMILLO VASQUEZ

JUEZ

JUZGADO 018 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-  
SANTAFE DE BOGOTA 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:

**86635b8ae5200de1fc6fa95ccb5f65f47e4f963d7efa46a314a94d0b58969a2**

1

Documento generado en 31/05/2021 05:03:43 PM

**Valide éste 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., tres (3) de junio de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00353-00**  
**Demandante: ANDREA DEL PILAR ZACIPA CORREDOR**  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO  
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **ANDREA DEL PILAR ZACIPA CORREDOR**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.783.168, 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 13 de febrero de 2019, frente a la petición elevada el 13 de noviembre de 2018, por medio de la cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías.

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

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.

iii) 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 efectúe el pago de la sanción moratoria reclamada.

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

v) Condenar en costas a la parte demandada conforme con lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A. y 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 30 de marzo de 2015, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

**1.2.4.** Que por medio de la Resolución No. 3872 del 10 de agosto de 2015, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 1 de diciembre del mismo año, por intermedio de entidad bancaria.

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

**1.2.6.** Que la actora solicitó la cesantía el 30 de marzo de 2015, siendo el plazo para pagarla el día 15 de julio del mismo año, pero se realizó el 1 de diciembre de 2015, por lo que trascurrieron 135 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 13 de noviembre de 2018, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

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

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

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

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

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

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

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

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **10 de marzo de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso como medio exceptivo la **prescripción** del derecho, 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 **30 de marzo de 2015**, razón por la cual el plazo para su reconocimiento y pago feneció el **15 de julio de dicha anualidad**, prestación que fue cancelada

el **1 de diciembre de 2015**, configurándose un total de **138 días de mora**; no obstante, operó la prescripción de la acción, en la medida que la reclamación administrativa se presentó hasta el **13 de noviembre de 2018**, esto es, 3 años, 3 meses y 30 días posteriores a la exigibilidad del derecho.

#### **IV. ALEGATOS**

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

El apoderado de la parte actora mediante escrito allegado el **6 de mayo de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso: i) la calidad de docente de la demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías parciales, iii) el acto mediante el cual se reconoció la cesantía parcial, iv) la fecha en que se le canceló la prestación reconocida y v) la mora en su pago.

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, mediante memorial radicado bajo el No. **20211181027931 del 6 de mayo de la presente anualidad**, 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 **138** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

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.

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

#### **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. 3872 del 10 de agosto de 2015, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 30 de marzo de 2015.

**5.1.2.** Derecho de petición radicado bajo el No. E-2018-196823 del 13 de noviembre de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora.

**5.1.3.** Extracto de Intereses a las cesantías de la demandante, expedido por la Fiduprevisora S. A.

**5.1.4.** Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 16 de julio de 2019, en la Procuraduría 157 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida.

## **5.2. PROBLEMA JURÍDICO.**

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 13 de noviembre de 2018; ii) si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si a pesar de tener derecho al reconocimiento por la mora en el pago, operó o no la prescripción extintiva del mismo, por haberse reclamado con posterioridad al término previsto para el efecto.

## **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 **13 de noviembre de 2018**, mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 13 de noviembre de 2018, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

*(...)*”.

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

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

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

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

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

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, *“Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías*

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

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

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

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

Se observa así mismo que las normas no contemplan ninguna excepción a la aplicación de la sanción y, en tal virtud, cobijan a los servidores

públicos de todos los órdenes, dentro de los que se encuentran los docentes, calidad que ostenta la demandante.

### 5.3.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017<sup>1</sup>, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **5.4. CASO CONCRETO.**

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

##### **5.4.1. Categoría de servidor público de la actora.**

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

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

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora Andrea Del Pilar Zacipa Corredor, 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 en el establecimiento IED José Joaquín Casas, calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

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

En la sentencia de unificación referida, se determinaron las siguientes hipótesis para establecer el momento de exigibilidad de la mora, así: Petición sin respuesta (70 días posteriores a la petición), ii) acto escrito extemporáneo- después de 15 días- (70 días posteriores a la petición), iii) acto escrito en tiempo, notificado personalmente (55 días posteriores a la notificación), iv) acto escrito en tiempo notificado de forma

electrónica (55 días posteriores a la notificación), v) acto escrito en tiempo notificado por aviso (55 días posteriores a la notificación), vi) acto escrito en tiempo sin notificar o notificado fuera de termino (67 días posteriores a la expedición del acto, vii) acto escrito –renunció a la notificación (45 días desde la renuncia y viii) acto escrito-interpuso recurso- (45 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso).

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 3872 del 10 de agosto de 2015, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **30 de marzo 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 **22 de abril de la misma anualidad**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **10 de agosto de 2015**, 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 **31 de marzo de 2015**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **15 de julio de 2015**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **1 de diciembre del mismo mes y año**, como señala en los hechos de la demanda, incurriéndose en mora del **15 de julio al 30 de noviembre de 2015**.

#### **5.4.3. Salario base de liquidación.**

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

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

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

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

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

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

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

*(..)*

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

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

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

(...)”.

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

“(..)

*No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que ‘(...) Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.(...)’, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1)si hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2)quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3)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, 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.

---

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

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

## **5.5. PRESCRIPCIÓN**

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

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*, 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:

### **“ARTÍCULO 102.- PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.**

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

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

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 2010<sup>3</sup>, 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 Andrea Del Pilar Zacipa Corredor, se encuentra debidamente acreditado que presentó la petición de liquidación de sus cesantías parciales ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación de Bogotá el **30 de marzo de 2015** y que el pago debió realizarse a más tardar el **15 de julio de dicho año**, 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 **15 de julio de 2018**, 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.

---

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

No obstante lo anterior, la parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías el **13 de noviembre de 2018**, superado el término de tres (3) años que dispone la norma para que opere el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva del derecho, razón por la cual, debe declararse probada la referida excepción y, en consecuencia, denegar las pretensiones de la demanda.

## **5.6. COSTAS**

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

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, propuesta por la entidad demandada.

**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**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 014, de hoy 4 de junio de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

**Firmado Por:**

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ**

**JUEZ**

**JUZGADO 018 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-  
SANTAFE DE BOGOTA 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:

**06667e7381ce7e37d59f8147b81c80c87548f709c83e27015f160695807e2  
f70**

Documento generado en 01/06/2021 03:02:29 PM

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