REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

SENTENCIA No. 09 de 2020

Tunja, seis (06) de marzo de dos mil veinte (2020)

Medio de Control:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicación No:	**15001 3333 012-2018-00125-00**
Demandante:	**SAMUEL PIRACHICAN CAMACHO**
Demandados:	**NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesto por el señor **SAMUEL PIRACHICAN CAMACHO**, en contra de la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

I. ANTECEDENTES

1. Objeto de la acción.

Mediante apoderado judicial, el señor **SAMUEL PIRACHICAN CAMACHO**, solicita se declare la nulidad del acto ficto presunto negativo con ocasión del silencio que se originó frente a la petición de reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, radicada el **15 de mayo de 2017**.

A título de restablecimiento del derecho solicita se condene a la demandada al reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria, consistente en un día de salario por cada día de mora, a partir del día hábil 66 siguiente a la radicación, es decir desde el **30 de agosto de 2016**, hasta el día de pago final, esto es el **19 de diciembre de 2016**, en virtud de la Ley 1071 de 31 de julio de 2006; que las sumas de dinero sean indexadas mes a mes desde la fecha de su exigibilidad hasta la fecha de pago efectivo; que se reconozcan intereses moratorios; que se condene en costas y agencias en derecho y que la liquidación de las condenas y el cumplimiento de la sentencia se efectúe de conformidad con el artículo 192 del CPACA, (fls. 2-3).

2. Hechos que dan lugar a la acción.

Teniendo en cuenta la fijación del litigio realizado dentro de la audiencia inicial llevada a cabo el 06 de junio de 2019 obrante a folios 157-161, los hechos referenciados por el apoderado son los siguientes:

Que la demandante ha laborado al servicio de la educación pública y que mediante petición radicada bajo el **No. 2016-CES-335451** del **24 de mayo de 2016**, solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías parciales.

Que a través de la **Resolución No. 004898 del 08 de agosto de 2016**, las entidades demandadas, reconocieron y ordenaron el pago de las cesantías parciales y que el valor reconocido en la Resolución anterior, le fue cancelado como consta en el recibo de pago hasta el **19 de diciembre de 2016.**

Que por medio de derecho de petición de fecha **15 de mayo de 2017** radicado **No. 2017PQR239B7**, se solicitó a las entidades demandadas el pago por concepto de sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, correspondiente a un día de salario por cada día de mora, desde los (65) días hábiles siguientes a la fecha de radicación de la petición de las cesantías (fl. 3).

3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

De conformidad con los hechos narrados, considera el apoderado de la parte demandante que se vulneraron las siguientes normas:

CONSTITUCIONALES: Preámbulo, 1°, 4°, 6°, 25°, 29°, 83°, 90°, 93°, 94°, 121°, 122°, 209°.

LEGALES: Ley 244 de 1995 y los artículos 2, 3, 4, y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Consideró que el principio de la igualdad se conculca, cuando las demandadas, ponen en situación de desventaja a la demandante frente a los docentes a los que se les han cancelado las cesantías parciales y/o definitivas dentro del término estipulado por la ley 1071 del 31 de julio de 2006; es por lo mismo que se discute el acto administrativo demandado, con el fin de corregir la desigualdad que existente entre iguales, más aún cuando la ley prevé una sanción por la mora injustificada en el reconocimiento y pago de las cesantías a partir día hábil sesenta y seis (66), contados a partir de la fecha de la radicación de la solicitud.

Igualmente indicó que al someter a la demandante al retardo injustificado se atenta contra su dignidad humana, más aún cuando no existen razones de fondo para demorar el pago de las cesantías parciales y/o definitivas, sin embargo la Ley 1071 de 2006, de contempla la sanción en contraprestación a la tardanza de la entidad en reconocer y pagar dicho emolumento.

Señaló que las demandadas violan preámbulo de la Constitución, el cual dispone asegurar a los asociados el trabajo, la justicia, la igualdad y la seguridad social, hecho que no se cumplió, pues se allegó la documentación necesaria con la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales, no obstante pasados los 65 días hábiles para el pago, la entidad no se pronunció dentro del término legal, perjudicando los intereses de la demandante respecto de los dineros de las cesantías fruto de su esfuerzo y trabajo al servicio de la docencia.

Adujo que se vulneró el articulo 2 superior, pues es deber del Estado, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios y derechos de los asociados, al expedirse el Acto impugnado se actuó de manera indebida al vulnerar los derechos de la demandante, porque se emiten actos administrativos en contra de la Ley, a sabiendas que los requisitos se cumplieron, olvidando de otra parte que los derechos laborales son irrenunciables.

Señaló como violentado el artículo 53 constitucional pues a la demandante se le dio un trato diferente y desigual de sus compañeros, a pesar de haber cumplido con los mismos requisitos, funciones, horarios, labores, tipo de posesión, exigidos; obligándola a recurrir a la Justicia, con el fin de dirimir el reconocimiento de sus derechos prestacionales (cesantías), lo que implica que tiene prioridad aquí la voluntad del Constituyente cuando dio el carácter de irrenunciable a los derechos laborales y prestacionales; además señaló que fue claro el Constituyente Primario al elevar a canon Constitucional el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, lo que implica que en el sub-judice así la administración utilice indebidamente el contenido de la norma, prevalece el cumplimiento real de los requisitos por la demandante, para acceder a lo que realmente tiene derecho.

Igualmente consideró como violado el Acuerdo 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, que a su vez modifica los Acuerdos del 11 de enero de 1995 y No. 1 del 26 de junio de 1996 que rige a los docentes afiliados al fondo pues por medio de estas disposiciones se establece el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías parciales a cargo del F.N.P.S.M, para aquellos docentes que se encuentren vinculados a dicho fondo; y la Ley 244 de 1995, pues se ocasiona un grave perjuicio al erario público, porque al no cancelar de forma oportuna las cesantías parciales y/o definitivas, se da aplicación a esta normatividad donde se establece que: "*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*".

indicó que se violó 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.

Señaló la configuración de una falsa motivación en el acto administrativo demandado pues considera que el mismo adolece de vicios los cuales conllevan a su nulidad, citando al tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamba definió la Falsa Motivación de los Actos Administrativos, como: *"...se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración. Esta discordancia obedece como lo indica BOCCIARDO CUEVAS, a que mientras la causa"...conecta el acto con la realidad (...) el vicio de falsedad desconecta el acto producido de esa realidad anterior y que debió ser su verdadero fundamento"* (fls. 3-8).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (fls. 110-118)

El apoderado de la entidad presentó escrito de contestación mediante el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones e indicó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la ley 91 de 1989, como cuenta especial de la Nación, la cual determina las políticas de administración y dirección del Fondo y establece las prioridades de atención de las prestaciones a través de acuerdos y asigna recursos para el pago de prestaciones sociales.

Sostuvo que en virtud de las competencias fijadas en el Decreto 2831 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las Secretarías de Educación de los entes territoriales certificadas; que este Decreto creó un procedimiento exclusivo para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el cual se determinan las etapas, términos y demás formalidades para este efecto.

Afirmó que la Ley 91 de 1989, constituye el régimen legal especial de los docentes el cual dispuso todos los derechos, deberes y procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones que ésta contempla, por lo que para el reconocimiento del auxilio de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se debe acudir al trámite especial regulado tanto por esta Ley como por su decreto reglamentario.

Adicionó que el numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por medio del cual se estableció el régimen de liquidación del auxilio de cesantías de los docentes afiliados a dicho fondo, se determinó que el Fondo es el único habilitado para el pago del auxilio de cesantías, excluyendo a los beneficiarios de esta norma de los demás regímenes de liquidación de cesantías previstas en normas generales, tales como la Ley 50 de 1990, la Ley 344 de 1996, así como de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Reiteró que en virtud del decreto 2831 de 2005, en principio todas las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones de los docentes afiliados no pueden sujetarse a otro procedimiento diferente, no obstante, el artículo 15 de la Ley 91 de 1981 definió tal situación, imponiendo al Fondo la obligación especial de pagar las cesantías.

Destacó que el Decreto 2831 de 2005 no consagró sanción por mora en el pago de las cesantías, por lo que la sanción dispuesta en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por lo que, no puede aplicarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Finalmente, sostuvo que las normas que regulan el reconocimiento y pago de prestaciones de los docentes vinculados al Fondo no consagran sanción alguna, por

lo que no puede darse aplicación extensiva a sanciones que no han sido dispuestas por la norma aplicable al sub examine.

De las excepciones propuestas

2.2.1. Vinculación del Litisconsorte

El apoderado de la entidad, solicitó la vinculación de la Fiduciaria la Previsora S.A. y de la Secretaría de Educación de Boyacá, la primera, por ser la administradora de los recursos y vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y a la segunda, por ser la responsable de la administración del personal docente y proferir el acto demandado y en caso de no concederse se vincule como tercero participativo. (fl. 114)

2.2.2. Falta de Legitimación en la causa por pasiva

Adujo el apoderado que el Ministerio de Educación no expidió los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones sociales y que estos fueron expedidos por la Secretaría de Educación respectiva, en uso de las facultades conferidas por el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005.

Sostuvo que la ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, sin personería Jurídica consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos están destinados a pagar las prestaciones que los entes territoriales reconozcan a su planta de docentes a través de las secretarías de educación, y cuya realización del pago está a cargo de la fiduciaria La Previsora S.A., como administradora del patrimonio autónomo, por lo tanto, no puede imputársele a la Nación — Ministerio de Educación responsabilidad relacionada con el reconocimiento de la prestación y el pago de la misma.

Así mismo indicó que en virtud de la ley 60 de 1993 y posteriormente de la ley 715 de 2001, se estableció la descentralización del sector educativo, que por ello la entidad perdió la facultad de ser nominador de los docentes y fue trasladada a los entes territoriales.

Sostuvo que dentro de sus funciones y competencias no se encuentra el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y menos aún de la administración de los recursos destinados para tales fines; que el Ministerio no puede tomar decisiones propias ya que estas son tomadas por el Consejo Directivo en pleno.

Finalmente, reiteró que no intervino en gestión alguna respecto del trámite de solicitud de la prestación ni es un ente pagador de recursos el fondo. (fls. 114-116)

2.2.3. Prescripción

Afirmó que en virtud del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, los derechos laborales prescriben en el término de tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, razón por la cual solicitó que en el evento de prosperar las pretensiones, se declare la prescripción de las mesadas causadas en los últimos 3 años. (fl. 116-117)

2.2.4. Genérica

Solicitó reconocer oficiosamente, las que resulten demostradas en el proceso, en aplicación del artículo 282 del C.G.P. (fl. 117)

III. TRASLADO DE EXCEPCIONES

Dentro del término legal se corrió traslado de las excepciones propuestas por la demandada (fl. 124-125) frente a las cuales el apoderado de la parte actora guardó silencio.

IV. AUDIENCIA INICIAL

Mediante auto del 14 de febrero de 2019 (fls. 131 y vto) se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 180 del C.P.A.C.A.

Ahora bien, mediante auto de fecha 23 de mayo de 2019 (fl. 155) en virtud de la solicitud de aplazamiento allegada por la apoderada de la entidad demandada, el Despacho procedió a fijar como nueva fecha para celebrar la audiencia inicial el día 06 de junio de 2019.

Dicha diligencia se llevó a cabo el día señalado (fls. 157-161) y se desarrolló dentro de los parámetros consagrados en dicho artículo, saneando el proceso, pronunciándose sobre las excepciones propuestas y fijando además el litigio en torno a los hechos y pretensiones (minuto 5:51 a 20:09).

Una vez las partes manifestaron su acuerdo en la fijación del litigio, se prosiguió a agotar la etapa de conciliación y a decretar las pruebas de las partes y de oficio (minuto 20:10 a 23:26).

V. AUDIENCIA DE PRUEBAS

De conformidad con lo previsto en el artículo 181 del C.P.A.C.A., se practicó audiencia de pruebas en la cual se recaudó la totalidad de las mismas, las cuales habían sido decretadas en audiencia inicial, diligencia que fue realizada el 23 de septiembre de 2019, igualmente, en ésta se consideró innecesario llevar a cabo audiencia de alegaciones y juzgamiento, motivo por el cual se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez días siguientes a la realización de la misma (fls. 217 y vto).

VI. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. Parte Demandante (fls. 218-220)

El apoderado del demandante indicó que en el proceso se acreditó que mediante Resolución No. 004898 del 08 de agosto de 2016, expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá, le fue reconocido al señor Samuel Pirachicán Camacho el pago de una cesantía parcial, cuyo pago extemporáneo fue efectuado hasta el 19 de diciembre de 2016, como consta en el recibo de pago.

Que igualmente se probó sin oposición de las entidades demandadas, que se solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago extemporáneo de una cesantía, petición ante la cual las entidades no dieron respuesta alguna.

Señaló que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, establecen los parámetros que la administración debe seguir para el pago de las cesantías definitivas o parciales para servidores públicos, contando con un plazo máximo de 70 días hábiles contados a partir de la solicitud para el reconocimiento y pago de las mismas. Como sustento de lo expuesto hizo referencia a la sentencia del 22 de marzo de 2018 proferida por la Sala de los Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Adujo que la administración incurrió en tardanza no solo en el pago de la cesantía de la docente, sino también en la expedición de la resolución que la reconoce, configurándose mora en el trámite, violentando de manera flagrante los términos establecidos en las leyes anteriormente mencionadas.

Agregó que la demandante no pudo cobrar oportunamente por cuanto la entidad demandada no tiene ningún mecanismo informativo sobre la disposición del dinero incumpliendo el deber legal que tiene de informar sus acciones y actuaciones relacionadas con la petición e indicó que no existe prueba siquiera sumaria de que la entidad accionada haya notificado a la demandante que ya podía acercarse para disponer del dinero.

Transcribió un aparte de la SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, para insistir que la mora se debe reconocer hasta el día en que se haya realizado el pago, porque de lo contrario se estaría en contra del precedente transcrito.

Concluyó solicitando tener en cuenta a la hora de emitir fallo, las pruebas aportadas al proceso y conceder favorablemente las pretensiones de la demanda.

2. Parte Demandada

2.1. Nación –Ministerio De Educación-Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio (fls. 225-230)

El apoderado solicitó se nieguen las pretensiones, por cuanto los actos enjuiciados están amparados por una presunción de legalidad la cual debe ser desvirtuada por quien pretenda desconocerla conforme al régimen probatorio colombiano.

Citó una providencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, para concluir que para el pago de las cesantías a los docentes afiliados al fondo, se debe acudir al regimen legal especial ley 91de 1989 y Decreto 2831 de 2005 y que no puede hacerse extensiva una sanción estabiecida en normas generales como la ley 50 de 1990, ley 344 de 1996, ley 244 de 1995 y 1071 de 2006, ya que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el único habilitado para la liquidación de pago de auxilio de las cesantías y debe ceñirse a un procedimiento especial establecido en la ley que difiere sustancialmente con el procedimiento establecido en las leyes generales antes descritas.

Agregó que en el procedimiento para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías parciales o definitivas de los docentes, intervienen las entidades territoriales-Secretarías de Educación certificadas-, al igual que la Fiduprevisora S.A como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Indicó que aunque los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas sean expedidos por las Secretarías de Educación, ello no implica que el pago se deba hacer de manera inmediata pues esto se encuentra condicionado a turno y disponibilidad presupuestal, atendiendo al principio constitucional de legalidad del gasto público en virtud del cual "*no se puede hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gasto*", e implica, que la disponibilidad presupuestal exista previa a la realización del gasto y además que sea suficiente al momento de hacer la erogación.

Manifestó que la Secretaría de Educación al que se encuentra adscrito el demandante reconoció las cesantías solicitadas atendiendo al turno de radicación y disponibilidad presupuestal para tal efecto, respetando el derecho de igualdad de que gozan todos los Docentes afiliados al FOMAG, en cuanto a la presentación de las solicitudes, por lo que previamente debió verificar que el peticionario no hubiera presentado solicitud anterior y que el Fondo (Fondo de atención de Prestaciones Sociales del Magisterio) contara con el rubro presupuestal para el pago de dicha prestación.

Sostuvo que la entidad se acoge al principio de legalidad del presupuesto y no desconoce los precedentes jurisprudenciales que en materia de sanción moratoria ha establecido el Consejo de Estado a través de las sentencias de Unificación CE-SUJ-SII-012 2018 del 18 de julio de 2018 y Corte constitucional en la Sentencia SU336 del 18 de mayo de 2017, igualmente manifestó que debe tenerse en cuenta la interpretación dada por la Corte Constitucional sobre el respeto de los principios del presupuesto, los trámites y procedimiento internos para efectuar el pago de una condena, plasmados en la Sentencia C-604/12 MP JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUP.

Arbujo respecto del pago de la indexación que dicha pretensión debe ser declarada improcedente conforme a las subreglas descritas en la sentencia de unificación 73001-23-33-000-2014-00580-01 del 18 de julio de 2018, al tiempo que aseguró que es la Secretaría de Educación la responsable del pago de la sanción por mora.

Finalmente, solicitó que de existir una condena, al momento de disponer sobre la condena en costas se analicen los aspectos señalados para exonerar de estas a la parte demandada conforme a las reglas del artículo 365 del Código General del Proceso, por cuanto la entidad en ningún momento actuó de mala fe.

VII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora delegada ante este Despacho, luego de hacer un recuento de las tesis de las partes, de recordar el problema jurídico y de citar el fundamento normativo y jurisprudencial, al descender al caso concreto indicó:

Que se encuentra acreditado que el demandante en calidad de docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, elevó solicitud de reconocimiento y pago de cesantía parcial el **24 de mayo de 2016** y que mediante **Resolución No. 004898 de 08 de agosto de 2016**, la Nación MEN -FNPSM- le reconoció la cesantía parcial; es decir respondió en forma tardía, por tanto, la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento de cesantías, término que corresponde a 15 días para expedir la resolución, 10 para ejecutoria del acto y 45 para realizar el pago, y como quiera que las sumas reconocidas se pusieron a disposición del demandante el **27 de octubre de 2016**, tal y como se advierte a folio 205 del plenario, resulta evidente que éste se hizo de manera extemporánea, fecha hasta la cual debe contabilizarse la mora, en razón a que si bien es cierto el pago de la prestación se efectuó el 23 de diciembre de 2016, esta situación obedeció a que el pago tuvo que ser reprogramado por "NO COBRO", circunstancia no atribuible a la administración.

Respecto de la prescripción afirmó que en el presente asunto no opero el fenómeno prescriptivo trienal del derecho que regula el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, toda vez que la sanción moratoria comenzó a causarse el 07 de septiembre de 2016 y cesó el 26 de octubre de la misma anualidad, en tanto que la petición en sede administrativa del reconocimiento y pago de esta indemnización se radico el 15 de Mayo de 2017 y la demanda se presentó en el 15 de junio de 2018.

Con base en lo anterior, estima que las pretensiones de la demanda deben ser despachadas favorablemente; teniendo presente que el periodo a reconocer de la sanción moratoria es el comprendido entre el 07 de SEPTIEMBRE de 2016 al 26 de OCTUBRE de ese mismo año. (fls. 222-224)

VIII. CONSIDERACIONES

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el Despacho que están reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de Litis.

8.1. Problema jurídico.

En audiencia inicial realizada el 06 de junio del año 2019[1] se estableció el problema a resolver en los siguientes términos:

> *"Corresponde a este Despacho determinar si en el presente caso el demandante tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria, por el pago extemporáneo de sus* ***cesantías parciales****, en virtud de la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006.*
>
> *En caso afirmativo, se deberá establecer si a la accionada: Nación Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- le corresponde realizar el pago efectivo de esta y finalmente, si operó el fenómeno jurídico de la prescripción."* (vto. 160)

---

[1] Folios 157-161.

8.1.1. TESIS DEL DEMANDANTE

La entidad demandada está obligada a reconocer y pagar la sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de mora, desde el día 66 hábil siguiente a la radicación de la solicitud de pago de las cesantías parciales y hasta el 19 de diciembre de 2016 fecha de pago efectivo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1071 de 31 de julio de 2006.

8.1.2. TESIS DEL DEMANDADO - NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-

El demandante no tiene derecho al pago de la sanción moratoria toda vez que el procedimiento regulado por la Ley 91 de 1989 y su Decreto reglamentario 2831 de 2005, es el aplicable al caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que no pude aplicarse la ley 1071 de 2006 y menos aún hacer extensiva una sanción establecida en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no reconocimiento y pago oportuno del auxilio de cesantías.

8.1.3. TESIS DEL DESPACHO

El demandante tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías **parciales**, a razón de un día de salario por cada día de mora, por el periodo comprendido entre el **07 de septiembre de 2016 al 26 de octubre de 2016,** la cual se liquidará con base en la asignación básica **vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo.**

9.2. De la normatividad aplicable.

9.2.1. Procedencia de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías de los docentes oficiales.

En primer lugar, debe decirse que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentran cobijados por el régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en el cual se previó un sistema de retroactividad para los docentes nacionalizados (entiéndase los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976) vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, y el anualizado sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, para los nacionalizados vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1990 y aquellos del orden nacional (vinculados a partir del 1 de enero de 1976, de conformidad con lo dispuesto por la ley 43 de 1975 numeral 2, art. 1, ley 91 de 1989) de la forma en que sigue:

> "Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:
>
> (...)
>
> 3. Cesantías:
> A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.
> B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1° de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional."

Del texto en cita, se advierte que la norma no señaló el régimen aplicable a los docentes territoriales, no obstante, el artículo 4 ibídem creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la ley, con observancia del régimen ya señalado y de los que se vincularan con posterioridad a ella.

En ese orden de ideas: i) los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990 -lo que según la definición contenida en los artículos 1.° y 2.°, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad sin hacer distinción entre nacionales y territoriales-, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad sujeto al reconocimiento de intereses.

Sin embargo, nada se dijo respecto de la sanción por la mora en la cancelación de dicha prestación social, pero la Ley 1071 de 2006, por medio de la cual se adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, reglamentó el reconocimiento de las **cesantías definitivas o parciales** para los trabajadores y servidores del Estado, extendiendo el tema de la sanción moratoria por el pago tardío a las mismas, fijado un término perentorio e imponiendo la sanción por el pago extemporáneo ante su incumplimiento, así lo dispuso:

> "ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS. 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.
>
> PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.
>
> Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.
>
> ARTÍCULO 5o. 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 del despacho)

Así las cosas, el pago de la moratoria es una sanción a cargo del empleador incumplido, en favor del trabajador, la cual fue creada con el fin de indemnizar los daños que se causan a este por la morosidad en el reconocimiento y pago de la liquidación, ya sea que se trate del auxilio de cesantías parciales o definitivas.

Adicionalmente, a partir de los artículos citados, se advierte que la administración cuenta con un plazo de 15 días contados a partir de la respectiva petición, o de su complementación si es del caso, para emitir el acto de reconocimiento y liquidación de las cesantías; una vez ejecutoriada dicha decisión, la entidad cuenta con 45 días para realizar el pago respectivo, so pena de incurrir en la sanción moratoria.

De otra parte, vale la pena destacar que el artículo 2 de la Ley 1071 de 2006, determinó como destinatarios de la misma, a los miembros de las corporaciones públicas, empleados y

trabajadores de Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, a los miembros de la Fuerza Pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y los trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, sin que se dijera que la sanción moratoria era aplicable a los docentes oficiales.

Es decir, como quiera que la Ley 91 de 1989 no previó sanción por la mora en el pago de las cesantías de los docentes, así como tampoco lo hicieron las Leyes 244 de 2005 y 1071 de 2006, las cuales no señalaron expresamente que la sanción moratoria de las cesantías debía ser aplicada también a los docentes, se generó inicialmente la incertidumbre respecto de este tema, el cual no había sido pacífico.

No obstante, la Corte Constitucional en **sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017**, unificó su criterio estableciendo que los docentes sí tenían derecho al reconocimiento de la sanción moratoria de las cesantías y fijo las siguientes sub-reglas:

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 (el pago parcial de cesantías) permitir al trabajador satisfacer otras necesidades; bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador 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.

iii) Desde la exposición de motivos de esta normativa 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 mantener dos posturas contrarias sobre el asunto 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.

En ese orden de ideas, pude afirmarse que la Corte Constitucional avala el reconocimiento de la sanción moratoria en el caso de los docentes oficiales a la luz de lo dispuesto en las normas generales, esto es de las **Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.**

Por su parte el Consejo de Estado emitió **sentencia de unificación:** Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, **Sentencia CE-SUJ-SII-012- de 18 de julio de 2018, M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra**, expediente No. 73001-23-33-000 2014-00580-01, demandante: Jorge Luis Ospina Cardona, demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Departamento del Tolima, optando también por reconocer la sanción moratoria en el caso de los docentes **sin distinción alguna**, teniendo en cuenta las normas generales, es decir, sin considerar que su régimen especial no contempló expresamente tal derecho; precisando que el docente oficial al tratarse de un servidor público le es aplicable la ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías se refiere.

Allí se expresó:

"(...)Con fundamento en lo expuesto, **para la Sección Segunda 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.**

Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en **el sentido 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 (...)" (Negrilla fuera de texto original).**

Así las cosas, del texto en cita, se recordará que al tratarse de un pronunciamiento de unificación, éste constituye precedente vertical obligatorio, el cual será acogido por esta instancia judicial, en virtud de lo dispuesto en los artículos 10 y 270 de la Ley 1437 de 2011[4], es decir, en cumplimiento del precedente citado, este Despacho dará aplicación a las disposiciones fijadas por el Consejo de Estado, teniendo en cuenta el carácter vinculante de las decisiones de los órganos de cierre jurisdiccional.

Ahora bien, en lo relacionado con el trámite de conteo de términos para establecer la mora de la entidad, el Consejo de Estado el 18 de julio de 2018 en la sentencia de unificación indicó:

"En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social —cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento [Art. 4 L. 1071/2006[5]], 10 del término de ejecutoria de la decisión [Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011[6]] [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo — Decreto 01 de 1984, artículo 51[7]], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días

---

ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme en situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Artículo 270.- SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 3 de la Ley 1285 de 2009.

«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. [...] Artículo 4. Términos. 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.»

"ARTÍCULO 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a esta, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez. [...] ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme: 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso. 2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos. 3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos. 4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos. 5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.»

"«Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

(...)

Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.

(...)"

hábiles discriminados en precedencia se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006."

Igualmente, en la citada sentencia de unificación se fijaron las siguientes sub reglas:

"[…] **PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA** en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías las siguientes reglas:

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere la sanción moratoria dentro 70 días hábiles después de la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifique la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley. Artículo 69 CPACA, para que la entidad interventora notifique personalmente, esto es: 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que comparezca o para entregarle aviso y 5 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria del acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán posados 15 días de interpuesto.

TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que, en tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

QUINTO: Señalar que el efecto de la presente sentencia de unificación será retrospectivo y por ende aplicable de manera obligatoria a los trámites pendientes de resolver en sede gubernativa y judicial. Por lo anterior, esta providencia no podrá aplicarse de manera retroactiva, respetando así la cosa juzgada de los conflictos decididos con anterioridad.

Así mismo, que al reconocer un derecho, será extensible en los términos previstos en los artículos 10, 102 y 269 del CPACA.

[…]"

Frente a la aplicación del régimen especial de cesantías docente, el H. Consejo de Estado al unificar su jurisprudencia señaló que el **Decreto 2831 de 2005 debía ser inaplicado** ya que establece un nuevo término para el pago de las cesantías que resulta regresivo y de conformidad con la doctrina constitucional, deben prevalecer las leyes expedidas por el Congreso de la República en ejercicio de las funciones previstas en el artículo 150 de la Constitución Política frente a las disposiciones de inferior rango jerárquico como los decretos

---

[illegible] días hábiles [illegible] de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, [illegible] sin perjuicio de [illegible]

[illegible] — providencia de unificación de 18 de julio de 2018 — Consejero Ponente: [illegible] Expediente No. 73-001-23-33-000-2014-00580-01, Demandante: Jorge Luis Osorio Cardenas contra la [illegible] Secretaría de Educación — Sala de Magistrados — Despacho [illegible] Ibagué.

reglamentarios expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, por lo que se ha de entender que prevalece en su aplicación, la Ley 1071 de 2006.

De lo anterior se concluye, que para efectos del reconocimiento de las cesantías parciales y definitivas al personal docente, deberán aplicarse los términos señalados en la Ley 1071 de 2006, dada su naturaleza de servidores públicos tal como se explicó anteriormente.

Finalmente, respecto de los efectos de la aplicación de la sentencia de unificación, el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa, en el numeral quinto que la sentencia pluricitada del 18 de julio de 2018, dispuso que los efectos de la misma serían retrospectivas, es decir, que resultan aplicables de manera obligatoria a los trámites pendientes de resolver en sede gubernativa y judicial, de modo que resulta plenamente aplicable al presente asunto.

Ahora bien, vale la pena destacar que en ninguna de las sentencias de unificación ni la Corte Constitucional ni el Consejo de Estado, realizaron algún tipo de diferenciación respecto de los docentes a quienes les asistía el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria, desde la perspectiva de si el docente pertenecía al régimen retroactivo o anualizado de cesantías. Lo anterior, toda vez que se dejó claro que el ámbito de aplicación de la sanción de la Ley 244 de 1995 y de la Ley 1071 de 2006 se determina por la condición de servidor público, la cual le asiste a los docentes oficiales en calidad de empleados públicos de la rama ejecutiva, a quienes en consecuencia, les cobija la sanción moratoria.

Al respecto vale la pena aclarar que una cosa es la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías antes del 15 de febrero de cada anualidad, contenida en la Ley 50 de 1990, la cual no le es aplicable a los docentes, por cuanto la misma implica una sanción al empleador que no realiza la consignación oportunamente, más no puede ser endilgada al trabajador.

Argumentando lo anterior el Consejo de Estado en providencia del 7 de diciembre de 2017[3] dispuso respecto de la diferencia entre la no consignación oportuna de las cesantías en el Fondo respectivo y la sanción moratoria lo siguiente:

> "(...)
>
> De lo anterior la importancia de distinguir entre (i) la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías del empleador al fondo privado, que es la que consagra la Ley 50 de 1990, la cual pretende el demandante y (ii) la sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías del FOMAG y al docente que las ha requerido, cuyo fundamento está dado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2016.
>
> Ello significa que en la normatividad a la que se encuentran sometidos los docentes del Estado, en materia de cesantías, no existe la sanción moratoria por su consignación tardía al fondo pues aquel no opera bajo la misma dinámica del régimen que fija la Ley 50 de 1990. Mientras que en esta última el empleador tiene la obligación de trasladar esta prestación social al fondo privado a más tardar el 14 de febrero de cada año, bajo la Ley 91 de 1989, le compete a la Nación el suministro de las cesantías y es ella misma quien procede a su pago por medio de los recursos dispuestos en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual debe recordarse carece de personería jurídica."

En consecuencia, como lo dispuso el Consejo de Estado, no se debe confundir la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, con la sanción moratoria de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, pues esta última hace referencia a la tardanza en el pago de las cesantías del FOMAG al docente que las ha requerido, mientras que en la primera se trata el tema de la no consignación anual oportuna de las cesantías.

---

[3] CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A - Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Sentencia fechada del siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00212-01(2188-15) Actor: ABIEL FERNÁNDEZ ALVARADO - Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

Para concluir, tenemos entonces, que si el criterio determinante para la aplicabilidad de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías contemplado en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 es la connotación de servidor público que le asiste a los docentes del servicio oficial, en nada influye el régimen de cesantías que estos ostenten ya sea anualizado o retroactivo, máxime cuando la Corte Constitucional afirmó que el pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, y ello cobija a todos los funcionarios públicos de las tres ramas del poder, sin que de allí puedan ser excluidos los docentes oficiales, quiénes también tienen derecho a que se les reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, por lo que procedar en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a la igualdad respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las mismas.

En reciente sentencia de unificación SU 332 del 25 de julio de 2019 la Corte Constitucional, dispuso respecto de la procedencia del pago de la sanción moratoria, lo siguiente:

> *En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera a que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria;* ***(iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.***"

Así las cosas, no hay lugar a dudas que los docentes al ser servidores públicos independientemente del régimen de cesantías a que pertenezcan, son beneficiarios del reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria consagrada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Realizadas las anteriores precisiones, se procederá entonces a realizar el fondo del asunto a efectos de determinar si el asiste derecho al demandante al pago de la sanción moratoria.

10. Del caso concreto:

A efectos de resolver los problemas jurídicos propuestos, este estrado judicial en primer lugar, resolverá si en el presente se configuró **<u>la existencia del acto ficto o presunto</u>**, lo cual se hará de la siguiente manera:

En el presente asunto el apoderado de la parte demandante solicita declarar la nulidad del acto ficto con ocasión al silencio que frente a la solicitud de pago de la sanción moratoria se originó, toda vez que no se resolvió de fondo dicha solicitud.

En este orden de ideas se dirá que se encuentra acreditado dentro del plenario que la demandante el **15 de mayo de 2017**, a través de apoderado presentó derecho de petición dirigido a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaría de Educación- solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria sin obtener respuesta. (fls. 15-18)

Ahora bien, el Consejo de Estado, en sentencia del 8 de marzo de 2007[1], dispuso respecto del silencio administrativo:

> "Con el fin de asegurar la efectividad de los derechos constitucionales de [illegible] 23, C.P., [illegible] principalmente de Acceso a la Administración de Justicia [illegible] 229 [illegible] la normatividad nacional ha previsto [illegible] como instituto que opera como una garantía, exclusivamente en favor de los peticionarios, que una vez transcurra el término consagrado en la ley para que las autoridades respondan las peticiones que les sean formuladas, sin que el peticionario hubiere obtenido decisión que la resuelva, opere el silencio administrativo [illegible] de [illegible] se entiende [illegible] para los efectos jurídicos a que haya lugar, que la Administración [illegible] [illegible] correspondiente con [illegible] de fondo la petición que ha sido [illegible]

---

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 8 de marzo de [illegible] C.P. [illegible] ACUMULADO [illegible] bajo Radicación número [illegible] 25000-23-26-000-1995-01143-01(14850)

decisión que estará contenida en lo que se ha convenido en denominar como acto administrativo ficto o presunto, el cual bien puede ser negativo o positivo"

Así las cosas, como quiera que el demandante, presentó petición tendiente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria ante la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-, se recordará que con base en el marco normativo descrito, al ente territorial le correspondía dar trámite a la solicitud dirigida al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en tanto esta última debía haberse pronunciado al respecto.

Así las cosas, en virtud del artículo 83 del CPACA el cual contempla la ocurrencia del silencio negativo, indicando que **transcurridos tres (3) meses** contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva; se configura el fenómeno jurídico de acto ficto presunto negativo.

Al respecto debe decirse que el hecho de que la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la petición formulada no lo haya hecho y se encuentre vencido el termino de los 3 meses que consagra la norma, este estrado judicial concluye que **se configuró la existencia de un acto administrativo ficto o presunto**, que da origen al silencio administrativo negativo.

Realizada la anterior precisión, del material probatorio arrimado al plenario, se advierte lo siguiente:

Que el demandante se viene desempeñando al servicio de la docencia **desde el 22 de enero de 1990 al 30 de diciembre de 2014**, tal como se acredita con el certificado de historia laboral expedido el 22 de abril de 2016, por la profesional especializada de la Secretaría de Educación de Boyacá (fls. 74-79)

A través de petición radicada bajo el No. 2016-CES-335451 del **24 de mayo de 2016**, el señor Samuel Pirachicán Camacho, solicitó el reconocimiento y pago de las **cesantías parciales** que le correspondían por los servicios prestados como docente (fl. 32-33); así mismo se acredita con la Resolución No. 004898 del 08 de agosto de 2016, por la cual se reconoce y ordena el pago de la referida prestación (fls. 10-13).

Mediante Resolución No. 004898 del 08 de agosto de 2016, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una **cesantía parcial** al demandante, por un valor de $11.848.598 (fls. 10-11).

Que de acuerdo a la certificación expedida por la Subgerente del Banco BBVA sucursal Tunja, de fecha 09 de julio de 2019, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, puso a disposición el pago de cesantía al docente Samuel Pirachicán Camacho, en una primera oportunidad el **27 de octubre de 2016**, y por no cobro se reprogramó nuevamente el **23 de diciembre de 2016** por valor de $11.848.598 8 (fls. 205-206)

Por medio de solicitud radicada bajo el No. 201/PQR23987 de **15 de mayo de 2017**, el accionante actuando a través de apoderado, solicitó a la Secretaría de Educación de Boyacá -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 (fls. 15-18)

Con base en lo anterior y resolviendo el problema jurídico planteado, se dirá que al señor **Samuel Pirachicán Camacho**, en calidad de docente oficial, le es aplicable la Ley 1071 de 2006 y que corresponde entonces, a este estrado judicial determinar con base en la información citada y las subreglas fijadas por el Consejo de Estado en sentencia de unificacion del 18 de julio de 2018, si el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio incurrió en mora a la hora de reconocer y pagar sus **cesantías parciales.**

Teniendo en cuenta que la solicitud de reconocimiento de pago de las cesantías, fue radicada el **24 de mayo de 2016**, los 15 días previstos en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 para la expedición del acto correspondiente vencieron el **16 de junio de 2016**, sin embargo,

la entidad incumplió con este término, porque sólo hasta el **08 de agosto de 2016** profirió la resolución No. 004898, esto es cuando habían transcurrido 1 mes y 15 días, después del vencimiento de la oportunidad fijada en la Ley.

Así las cosas, acatando la sentencia de unificación del Consejo de Estado, se aplicará la sub-regla jurisprudencial relativa a la expedición del acto administrativo por fuera del término de ley, en consecuencia, la sanción moratoria en el asunto bajo estudio empieza a correr a partir de los 70 días hábiles, siguientes a la radicación de la solicitud de reconocimiento y pago de las **cesantías parciales**, que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

En consecuencia, para mayor ilustración se tiene que en el presente asunto no se tomará en cuenta la fecha de notificación del acto administrativo y en su lugar se contarán los términos en aplicación de la referida regla jurisprudencial, por lo que la fecha de **ejecutoria** del correspondiente acto administrativo –10 días - (arts. 76 y 87 CPACA), sería el **30 de junio de 2016** y el vencimiento del término para pago -45 días- (Art. 5 L. 1071/2006) sería **06 de septiembre de 2016.**

El siguiente cuadro ilustra los términos conforme a la regla jurisprudencial

Actuación –Término-	**Fecha**	**Caso concreto**
Fecha de la **reclamación** de las cesantías parciales	24/05/2016	
Vencimiento del término para el **reconocimiento** - 15 días (Art. 4 L. 1071/2006)	16/06/2016	**Fecha de reconocimiento:** 08/08/2016
Vencimiento del término de **ejecutoria** – 10 días (Arts. 76 y 87 CPACA)	30/06/2016	
Vencimiento del término para el **pago** - 45 días (Art. 5 L. 1071/2006)	06/09/2016	**Fecha de pago:** 27/10/2016 **Período de mora:** 07/09/2016-26/10/2016

Por lo que tal como se evidencia, se causó un período de mora desde el **07 de septiembre de 2016 hasta el 26 de octubre de 2016**, día anterior a aquél en que la Fiduprevisora lanzó pago para cobro de las **cesantías parciales**, generándose un retardo de **50 días**, mora que conforme al parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, tendrá que pagarse a razón de un día de salario por cada día de retraso en la cancelación de las cesantías, sin que en dicho cómputo se distingan días hábiles o inhábiles, por lo que deberán contabilizarse días calendario.

Vale la pena aclarar que en el presente asunto la mora cesó el día en que la entidad Fondo Nacional de Prestaciones Sociales lanzó pago para cobro, tal como lo certificó la respectiva entidad bancaria, es decir el día **27 de octubre de 2016**, independientemente, de la fecha en que dicha valor fue retirado por su beneficiario, por cuanto se reitera, la mora termina en el momento en que por primera vez los dineros son puestos a disposición para pago.

Ahora, valga recordar que el salario base para calcular la sanción moratoria por el pago tardío de las **cesantías parciales**, según las reglas jurisprudenciales de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, es la **asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo**, es decir, que para el caso bajo estudio se tendrá en cuenta la devengada por el actor en los meses de septiembre de 2016 a octubre de 2016.

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto ficto derivado del silencio de la petición radicada bajo el **No. 2017PQR23987 del 15 de mayo de 2017**, negándose con este, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, por falsa motivación.

igualmente, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada responsable del pago, que proceda al reconocimiento y pago de la sanción moratoria a favor de la demandante, en razón de un día de salario por cada día de mora acreditados, esto es causados entre el **07 de septiembre de 2016 hasta el 26 de octubre de 2016**, la cual se liquidará con base en la asignación básica **vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo**, es decir, la devengada por el actor en los meses de septiembre de 2016 a octubre de 2016.

Ahora bien, resuelto el segundo problema jurídico a resolver en el sentido de establecer que la demandante si tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, se resolverá a qué entidad le corresponde asumir dicha obligación.

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, cuyos recursos serían manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, por lo que para el efecto el Gobierno Nacional debía suscribir el correspondiente contrato de fiducia mercantil.

Ahora bien según el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, dentro de las atribuciones conferidas al Fondo están las de atender las prestaciones sociales de los docentes oficiales, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente sin despojar al FNPSM de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Debe aclararse que el referido artículo es la norma aplicable al caso en estudio, toda vez que es el que se encontraba vigente al momento en que se adelantó la actuación administrativa, no obstante el mismo fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019, que reguló el tema en su artículo 57. Dicha disposición no rige el asunto porque la petición de reconocimiento de cesantías se radicó el **15 de mayo de 2017** y la sanción moratoria se causó el **07 de septiembre de 2016 hasta el 26 de octubre de 2016**, es decir con anterioridad a la expedición de la mencionada ley.

Así las cosas, el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** es quien debe asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales afiliados a éste, pese a la existencia de un procedimiento administrativo especial para el trámite de las solicitudes presentadas en el que concurren las Secretarías de Educación territoriales certificadas y la administradora de los recursos del Fondo, es decir, la Fiduciaria Fiduprevisora S.A., trámites que han sido dispuestos para racionalizar el trámite de reconocimiento y pago de las prestaciones, evitándose involucrar a los entes territoriales y a la Fiduciaria, en responsabilidades relacionadas con las prestaciones de los docentes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Lo anterior, resulta acertado en el asunto bajo estudio, pues la petición elevada dirigida a obtener el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las **cesantías parciales,** de la cual se derivaron los actos administrativos enjuiciados, fue radicada ante la Nación-Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaría de Educación de Boyacá[1], y quien por haber respondido, tendría que haber actuado en ejercicio de las facultades conferidas en las Leyes 91 de 1989, 962 de 2005 y en el Decreto 1075 de 2015, es decir, en representación de la Nación - Ministerio de Educación Nacional -- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En consecuencia, ante la prosperidad de las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, la entidad llamada a responder por las pretensiones de la demanda es la **Nación – Ministerio de Educación Nacional , en su condición de titular de la cuenta conformada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, sin que pueda afirmarse que las competencias asignadas a las autoridades territoriales o a la entidad fiduciaria, la releven de tal obligación.

---

[1] folios 15-16

[illegible]

Con base en lo anterior, se niega la prosperidad de las excepciones denominadas "*falta de legitimación en la causa por pasiva*" y "*genérica*" propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Prescripción

Revisada la contestación de la demanda presentada por la Nación -Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, se advierte que el apoderado solicitó se declare probada ésta, por lo que pasará a resolverse la misma.

Así las cosas, se citará la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 15 de febrero de 2018 [1], en la cual se dispuso respecto de la prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas lo siguiente:

> "Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 [2] referida líneas atrás, la sanción moratoria se debe reclamar desde que esta se hace exigible so pena de que opere la prescripción, al respecto:
>
> > «[...] **Prescripción de los salarios moratorios**
> >
> > Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, son accesorios a la prestación cesantías [3].
>
> Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo de empleadores, razón concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.
> Como hacen parte del derecho sancionador [4] y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien, es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.
>
> Bien así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese aspecto; sin no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:
>
> > "**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 determinada, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."
>
> La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 [5], previamente citados, consiste en que tales preceptos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues como la época de su expedición la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, es que

---

[1] Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda-Subsección A, C.P. William Hernández [illegible], expediente No. 27001-23-31-000-2013-00199-01 (0911-14), quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

[2] Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: [illegible], Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación: [illegible] (0528-14), Apelación sentencia – controversias municipales, Actor: Yoselda Esther [illegible], [illegible] de 2016.

[3] [illegible] Sala de decisión [illegible] se basa en [illegible] en esta providencia, [illegible] diversas providencias, se le [illegible] ver, entre otras, auto de [illegible] de 2016, radicación número 27001-23-33-000-2013-00166-01(0593-14).

[4] [illegible] 448 de 1996 la Corte Constitucional [illegible] que esta sanción [illegible] A [illegible]

[5] [illegible] 21 de [illegible] 2013 [illegible] ponente: [illegible] Rodríguez de Pérez (E), radicación número [illegible]-000-2011-00254-01(0[illegible]), 13 de [illegible] de 2013 [illegible] Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación número: 05001-23-31-000-2007-00210-01(2664-13).

sol. fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías en virtud de la Ley 52 de 1990. [...]» (Subrayado fuera de la Subsección)"

En ese orden de ideas, en aplicación del criterio jurisprudencial referido, según el cual la sanción moratoria es prescriptible, se debe aplicar el término previsto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, el cual establece el término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho, que puede ser interrumpido, por una sola vez, con el simple reclamo del trabajador.

Así las cosas, en el caso bajo estudio se advierte que el derecho a la sanción moratoria se hizo exigible **desde el primer día de mora**, esto es, desde el **07 de septiembre de 2016** por consiguiente, el término de los 3 años previsto para reclamar el pago respectivo sin que operara el fenómeno extintivo, vencía el **07 de septiembre de 2019**; no obstante, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que tratan las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 por el pago oportuno de las cesantías parciales el **15 de mayo de 2017** (fls. 15-18); la cual fue resuelta de manera negativa al configurarse el silencio administrativo, pues no se obtuvo respuesta a la misma; la solicitud de conciliación fue radicada el 15 de diciembre de 2017 (fl. 19 y vto) y la demanda fue presentada el 15 de junio de 2018 (fl. 82), en el presente asunto no operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

Finalmente, respecto de la **indexación de la sanción moratoria** por pago tardío de las cesantías, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, dispuso:

"[...] que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA. (...)".

Lo anterior significa, que la sanción moratoria es incompatible con la indexación, toda vez que ésta no solo cubre la actualización monetaria sino que es superior; así como, la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, lo que determina la improcedencia de reconocer los ajustes de valor de la sanción moratoria mientras esta opere; lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

No obstante, resulta relevante citar sentencia del 16 de mayo de 2019, proferida por la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, Magistrada Ponente: Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, dentro del expediente No. 15001 3333 006 2017-00068-01, demandante: Doris Marcelle Sainea Escobar y demandado: Ministerio de Educación Nacional – FNPSM ; en el cual se rectificó postura respecto al pago de indexación de que trata el artículo 187 ibidem, pues aclaró que si bien en anteriores oportunidades de conformidad con el literal cuarto de la parte resolutiva de la sentencia de unificación (Sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018), se venía accediendo a la indexación de las sumas constitutivas de la sanción en sí misma, y no a la indexación del salario diario, el Consejo de Estado en posteriores pronunciamientos a la SU, tanto en la Subsección "A" como en la Subsección "B" de la Sección Segunda de esa corporación, expuso que no es procedente la indexación de la condena, toda vez que dicho ajuste es incompatible con el reconocimiento de la sanción moratoria porque conllevaría a la aplicación de una doble penalidad de carácter económica[10].

En este orden de ideas, se niega la indexación de las sumas que resulten a favor de la parte actora.

Costas

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

"**ART. 188. Condena en costas.** Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."

---

[10] Criterio asumido por la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá MP Luis Ernesto Arcinieguas Triana, Exped. 15001 3333 015 - 2017 - 00146 - 01 del 28 de agosto de 2019.

No obstante, de conformidad con lo establecido en el numeral 5º del artículo 365 del Código General del Proceso, se tiene que, en caso de que prosperen parcialmente las pretensiones de la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas a la parte vencida.

Así las cosas, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el Despacho que si bien se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, la demanda prosperó en forma parcial, razón por la que en el presente asunto el **Juzgado se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, con fundamento en la norma citada.**

Por lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A:

PRIMERO. – DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas **falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción** y **genérica,** propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. - DECLARAR la nulidad del acto ficto producto de la ocurrencia del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición de fecha 15 de mayo de 2017, a través de la cual el actor solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías parciales, conforme a lo expuesto.

TERCERO. - CONDENAR a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, a título de restablecimiento del derecho, a reconocer, liquidar y pagar al señor Samuel Pirachicán Camacho identificado con C.C. No. 6.775.053 de Tunja, la sanción moratoria por pago tardío de sus cesantías parciales, a razón de un día de salario por cada día de mora, por el periodo comprendido entre el **07 de septiembre de 2016 hasta el 26 de octubre de 2016,** la cual se liquidará con base en la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. - La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192, 194 y 195 del CPACA y reconocerá intereses en la forma prevista en el artículo 192 ibídem.

QUINTO. - NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO. - NO CONDENAR en costas a la parte demandada, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO. - En firme la presente decisión, archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

Notifíquese y Cúmplase,

EDITH MILENA RATIVA GARCIA
Juez

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

[illegible]
10 de [illegible] de 20[illegible] a las 8:00 a.m.

SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

SENTENCIA No. 08 de 2020

Tunja, seis (06) de marzo de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicación No: **15001 3333 012 -2017-00116-00**
Demandante: **JOSÉ GONZALO PORRAS RODRÍGUEZ**
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesto por el señor **JOSÉ GONZALO PORRAS RODRÍGUEZ**, en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

1. Objeto de la acción.

Mediante apoderado judicial, el señor **JOSE GONZALO PORRAS RODRÍGUEZ**, solicita que se declare la nulidad de la resolución **No. GNR 392297 de 28 de diciembre de 2016**, proferida por la Administradora Colombiana de Pensiones **–COLPENSIONES-**, a través de la cual reliquidó la pensión, así como de las resoluciones **GNR 45243 de 10 de febrero de 2017 y DIR 382 de 4 de marzo de 2017** por medio de las cuales se resolvieron los recursos de reposición y apelación interpuestos contra el acto administrativo primigenio confirmándolo en todas y cada una de sus partes.

A título de restablecimiento del derecho solicitó el reconocimiento de las mesadas pensionales; la reliquidación y reajuste de la pensión desde cuando adquirió el derecho; el pago de la mesada 13 y 14; condena al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima legal y el pago de costas y agencias en derecho (fls. 134- 148 y vto)

2. Hechos que dan lugar a la acción.

Teniendo en cuenta la fijación del litigio realizada dentro de la audiencia inicial llevada a cabo el 29 de octubre de 2018, obrante a folios 248 a 252, los hechos referenciados por el apoderado son los siguientes:

Adujo que el demandante nació el 21 de marzo de 1940, que laboró en el municipio de Socotá desde el 9 de marzo de 1973 hasta el 12 de julio de 1973, como empleado público, en el cargo de tesorero y que sus cotizaciones en pensiones fueron realizadas al Instituto de los Seguros Sociales "ISS" hoy COLPENSIONES.

Igualmente, trabajó en la Contraloría General de la República, desde el 7 de marzo de 1975 hasta el 30 de septiembre de 1993, como empleado público en el cargo de revisor de documentos Técnico Grado I y que sus cotizaciones en pensiones fueron realizadas a la Caja Nacional de Previsión Social.

Así mismo, para el Departamento de Boyacá –Asamblea de Boyacá- desde el 1 de septiembre de 1995 hasta el 15 de Octubre de 1996, como empleado público, en el cargo de asistente y que las cotizaciones en pensiones las efectuó a la Caja de Previsión Social del Departamento.

Sostuvo que el actor acredita un total de 374 días cotizados al ISS de acuerdo a la resolución No. 00802 de 10 de septiembre de 2002, que tiene un tiempo total de servicios de 1044,43 semanas equivalente a 20 años, tres meses y veintiún días, que su última asignación básica sin determinar factores salariales, fue de $465.000= en la Asamblea de Boyacá.

Que el señor José Gonzalo Porras Rodriguez, el 1 de abril de 1994 acreditó 54 años y 11 días de edad y 19 años, 2 meses y 6 días de servicios (986,57 semanas).

Afirmó que efectuó reclamación de su derecho pensional ante el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES el cual a través de resolución 00802 de 10 de septiembre de 2002 reconoció y ordenó el pago de pensión.

Agregó que realizó reclamación de su derecho pensional ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" y que mediante resolución GNR 392297 de 28 de diciembre de 2016 se reliquidó la mesada pensional y se ordenó su pago a partir del 15 de noviembre de 2013, en cuantía de la mesada equivalente a $829.917,00.

Manifestó que dentro del término legal se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio apelación contra la resolución GNR 392297 de 28 de diciembre de 2016 y que mediante resoluciones GNR 45243 de 10 de febrero de 2017 y DIR 382 de 9 de marzo de 2017, COLPENSIONES resolvió los recursos interpuestos contra la resolución primigenia confirmándola en cada una de sus partes (vto. fl. 135-136)

3. **Normas Violadas y Concepto de Violación.**

De conformidad con los hechos narrados, considera el apoderado de la parte demandante que se vulneraron las siguientes normas:

CONSTITUCIONALES: Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125 y 209.

LEGALES: Código Civil, artículo 10; Ley 33 de 1985, artículo 1 y Ley 100 de 1993, artículo 36.

Manifestó el apoderado que COLPENSIONES, actuó contraviniendo normas superiores y de orden legal, ya que los actos administrativos enjuiciados fueron expedidos de manera irregular, por cuanto no se tuvieron en cuenta cada uno de los factores salariales devengados en el último año de servicio en virtud de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 en atención al ingreso base de liquidación que le corresponde al promedio de los salarios y cada uno de los elementos constitutivos del mismo.

Agregó que la entidad inaplicó el artículo 1 de la ley 33 de 1985, el cual debió ser aplicado de manera íntegra en el caso bajo estudio, concretamente el IBL, el cual corresponde al salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, es decir, que para efectos de liquidación debían tomarse los factores salariales percibidos como contraprestación del servicio durante el último año de servicio.

Sostuvo que el actor es beneficiario del artículo 36 de la ley 100 de 1993, como bien lo reconoce la demandada en las resoluciones GNR 392297 de 28 de diciembre de 2016, GNR 45243 de 10 de febrero de 2017 y DIR 382 de 4 de marzo de 2017.

Reiteró que COLPENSIONES advierte que el demandante se encuentra amparado por el régimen se transición de la Ley 100 de 1993, considera que los beneficios de la normatividad anterior, se circunscriben a la edad, semanas de cotización y monto o cuantía de la liquidación, dejando de lado el ingreso base de liquidación, para lo cual considera aplicable los presupuestos de la Ley 100 de 1993, indicando que el monto o cuantía de liquidación es un presupuesto aislado del IBL.

Afirmó que con base en la aplicación de los principios *"indubio pro operario"* y de *"inescindibilidad"*, la entidad erró al inaplicar o interpretar la situación del actor, desconociendo que es beneficiario del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, motivo por el cual los actos administrativos demandados, por medio de los cuales se resolvió negar la reliquidación de la pensión de vejez, se encuentran viciados en cuanto a sus motivos y fines.

Señaló que COLPENSIONES desconociendo la voluntad del legislador, decidió tomar como base de liquidación de la pensión vitalicia de jubilación del actor, tan solo la asignación básica mensual, en cuanto a un ingreso base de liquicación que no corresponde con la normatividad especial a su caso aplicable, desconociéndose que el IBL corresponde a aquellos factores salariales percibidos por este durante el último año de servicios conforme a la Ley 33 de 1985 susceptible de aplicársele como monto un 75% (fls. 136-147)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (fls. 204-241)

El apoderado de la entidad presentó escrito de contestación mediante el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones y respecto de los hechos tal como se indicó en audiencia inicial, se concluyó se presenta disenso en cuanto a los hechos 2.1, 4 y 6 y el aparte que no fue excluido del hecho 10.1.

Afirmó que los actos administrativos no deben ser declarados nulos, por cuanto fueron expedidos conforme a derecho ya que respecto a los factores salariales y el cálculo del I.B.L. a la fecha se encuentra vigente la jurisprudencia de la Corte Constitucional C-258 de 2013, ratificada mediante sentencias SU-230 de 2015, SU 429 de 2016 y SU-395 de 2017, en la cual dicha Corporación declara la inexequibilidad del aparte contenido en la Ley 33 de 1985 respecto de tener en cuenta los factores salariales del último año de servicios y resolvió que el IBL de los beneficiarios del régimen de transición, tiene como base legal el artículo 21 y 36 de la ley 100 de 1993.

Adujo que al realizar el análisis del artículo 36 de la ley 100 de 1993, se comete un error de interpretación, ya que la Corte en la sentencias citadas, únicamente mantuvo el régimen de transición respecto de la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, pero en virtud del principio del equilibrio del sistema y demás principios generales de la seguridad social, restringió el tema relacionado con el IBL, pues el aplicar las normatividades anteriores respecto a este factor se violaría el derecho a la igualdad, equidad, solidaridad, pues se beneficiaría a unos pocos en contradicción a los derechos de los demás afiliados, generando derechos desproporcionados a quienes se les aplican las reglas del IBL establecidas en la ley 100, con base en la equidad, es decir, se les asigna el IBL de acuerdo al IBC reportado por cada afiliado a la entidad.

Indicó que conforme al historial de cotizaciones en pensión y a la edad del actor, al momento de adquirir el derecho pensional era beneficiario del régimen de transición consagrado en la ley 100 de 1993 en su articulado número 36, por consiguiente se estudió integralmente, analizo y liquido la pensión que ostenta bajo los preceptos de la ley 33 de 1985, en virtud del principio de favorabilidad, teniéndose en cuenta el valor de las cotizaciones efectivamente realizadas, por haber sido devengados a título remunerativo, es decir, fueron reportados y certificados por la entidad.

Sostuvo que no hay lugar al pago de la mesada 14 por disposición del acto legislativo 01 de 2005, el cual la eliminó a partir de la vigencia del acto administrativo, así mismo afirmó que no hay lugar al pago de intereses.

Manifestó que el actor no es beneficiario del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta el contenido de la misma, ya que de conformidad con el histórico actualizado de cotizaciones, se evidenció que el mismo no cuenta con tiempos de cotización a entidades de carácter privado y que sólo se acreditan a entidades públicas por lo que no cumple con los presupuestos sustanciales de pensión de vejez estructurados y consignados en la ley 71 de 1988.

Adiciona que lo mismo ocurre respecto de la pretensión de disponer que es beneficiario y lo cobija el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad, por cuanto los requisitos son: edad y semanas de cotización, 60 años de edad para el caso de los hombres y 55 años de edad en el caso de las mujeres y un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o haber acreditado un numero de un mil semanas de cotización, sufragados en cualquier tiempo.

Que se conformidad con la circular 01 de 2012 expedida por la vicepresidencia jurídica y la vicepresidencia de prestaciones y beneficios de Colpensiones, para proceder a la aplicación del régimen de transición y el reconocimiento de una pensión de vejez contenida al acuerdo 049 aprobado por el decreto 758 de 1990, es necesario que la persona que pretende dicha pensión acredite cotizaciones al seguro social, con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, es decir el 01 de abril de 1994, por lo que el demandante no cumple requisitos, ya que inicio cotizaciones en esa entidad el 1 de septiembre de 1995, por lo tanto, no le asiste el derecho al reconocimiento y pago solicitado en tal sentido.

Finalmente, manifestó que debe en ningún momento se le ha desconocido al actor que es beneficiario del régimen de transición consagrado en la ley 100 de 1993 y por ende favorecido con los mandatos normativos de la ley 33 de 1985 pues COLPENSIONES estructuro y precisó la pensión que ostenta en la misma.

De las excepciones propuestas:

1. **Inexistencia del derecho y obligación**

Adujo el apoderado que dicha excepción se encuentra probado teniendo en cuenta que a la fecha se encuentra vigente la jurisprudencia de la Corte Constitucional No. C-258 de 2013, ratificada mediante sentencia SU-230 de 2015 y SU-429 de 2016, en donde la alta Corporación hizo un análisis exhaustivo para determinar como primera medida la inexequibilidad del aparte contenido en la Ley 33 de 1985, respecto a tener en cuenta los factores salariales del último año de servicios y resolver respecto de la determinación del ingreso base de liquidación para los beneficiarios del régimen de transición por extensión la obligatoriedad de tener como base o fundamento legal los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, en razón de que el legislador al aprobar la normatividad en comento, restringió las reglas del IBL con el fin de evitar la violación de principios que rigen la seguridad social en nuestro país.

Agregó que, de igual manera, el Consejo de Estado en providencia de 25 de febrero de 2016, varió el precedente jurisprudencial disponiendo respecto a los beneficiarios del régimen de transición, que el IBL se calcularía con base en lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio, postura que ha sido ratificada por la Corte Constitucional mediante sentencias SU-427 de 2016 y SU -395 de 2017.

Indicó que en virtud de la postura de la Corte Constitucional, respecto al cálculo del IBL de las pensiones que se encuentran cobijadas por el régimen de transición, las motivaciones de los actos administrativos emitidos, se encuentran ajustados a derecho y por lo tanto no es procedente declarar su nulidad ni ordenar la reliquidación solicitada.

Finalmente dijo que, los factores salariales a tener en cuenta, deben corresponder al valor de las cotizaciones efectivamente realizadas, pues fueron devengados por el trabajador a título remunerativo, es decir, fueron reportados y certificados por la entidad, pues uno de los principios básicos del sistema de seguridad social, es la equidad y lo mismo se refleja en que los afiliados adquieren el derecho al cumplimiento de los requisitos mínimos, con base en los IBC reportados a la entidad y efectivamente pagados, por lo que estos son los valores que deben tenerse en cuenta (fls. 236-240)

2. **Improcedencia de los intereses moratorios**

Señaló que los intereses moratorios proceden únicamente por la mora en el pago en una eventual sentencia condenatoria, circunstancia que no ocurre en el presente caso, pues al demandante no le asiste derecho a la reliquidación pensional (fl. 246)

3. **Cobro de lo no debido**

Manifestó el apoderado que en el presente caso no se logra acreditar que los factores salariales solicitados en la demanda hayan sido efectivamente devengados por el demandante; además que los beneficiarios de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo conservan lo estipulado en la normatividad anterior respecto a la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión (fl. 246)

4. **Buena fe de Colpensiones**

Precisó que la entidad en el ejercicio de sus funciones siempre cumple lo establecido en la ley para cada caso en particular, bajo los parámetros fundamentales consagrados en la Constitución Nacional por lo que cada uno de los actos administrativos se circunscriben al principio de buena fe exenta de culpa y del principio de legalidad (fl. 246)

5. **Prescripción**

Afirmó que sin que de ninguna manera se entiendan reconocidas las prerrogativas que se pretenden a través de la demanda, propone la excepción frente a cualquier derecho que eventualmente se hubiese causado a favor del demandante, razón por la cual solicitó que, en el evento de prosperar las pretensiones, se declare la prescripción de las mesadas causadas en los últimos 3 años (fl. 246)

6. **Compensación o deducción de pagos realizados**

Señaló que a través de la resolución No. 0802 del 10 de septiembre de 2002, se le hizo reconocimiento de la pensión de vejez al demandante y se incluyó en nómina desde su desvinculación del servicio, momento desde el cual la entidad ha venido cancelando oportunamente la mesada pensional, por lo que las sumas que ha percibido deben ser tenidas en cuenta dentro del transcurso del presente proceso fl. 246)

7. **Innominada o genérica**

Solicito declarar probadas las demás excepciones que resulten demostradas en el proceso. (fl. 247).

III. TRASLADO DE EXCEPCIONES

Dentro del término legal se corrió traslado de las excepciones propuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- (fl. 243), frente a las cuales el apoderado de la parte actora guardó silencio.

IV. AUDIENCIA INICIAL

Mediante auto del 26 de julio de 2018 (fls. 245 y vto) se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 180 del CPACA., la cual fue fijada para el 29 de octubre de 2018.

Dicha diligencia se llevó a cabo el día señalada (fls. 248-252) y se desarrolló dentro de los parámetros consagrados en dicho artículo, saneando el proceso, pronunciándose sobre las excepciones propuestas y fijando además el litigio en torno a los hechos y pretensiones (minuto 5:28 a 25:57).

Una vez las partes manifestaron su acuerdo en la fijación del litigio, se prosiguió a agotar la etapa de conciliación y a decretar las pruebas de las partes y de oficio (minuto 26:10 a 36:00)

V. AUDIENCIA DE PRUEBAS

De conformidad con lo previsto en el artículo 181 del CPACA, se practicó audiencia de pruebas en la cual se recaudaron la totalidad de las mismas, las cuales habían sido decretadas en audiencia inicial, diligencia que fue realizada el 10 de septiembre de 2019, igualmente, en esta se consideró innecesario llevar a cabo audiencia de alegaciones y juzgamiento, motivo por el cual se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez días siguientes a la realización de la misma (fls. 332 y vto).

VI. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. Parte demandante:

El apoderado de la parte actora reiteró argumentos expuestos en la demanda y citó jurisprudencia de la Corte Constitucional in extenso, para afirmar que se vulnera el principio de inescindibilidad de la norma con la interpretación indebida que hace la entidad de los incisos 2 y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto se aplica normatividad diversa para los regir destinos pensionales antes del 1 de abril de 1994 en cuanto a edad; semanas de cotización, monto o cuantía de la liquidación, frente a aquella prevista en el inciso 3° en cuanto a la determinación del IBL, lo que resulta a todas luces desproporcionado, máxime cuando compromete derechos de la clase débil de la relación de trabajo.

Adujo que no hay razón atendible para que ahora en virtud del principio de sostenibilidad financiera en cuanto al sistema pensional, las responsabilidades del régimen de ahorro individual con beneficios financieros y capitalistas para propietarios de tales administradoras; sean asumidas por ciudadanos que como el demandante han trabajado propiciando un ahorro individual y obligatorio durante toda una vida productiva en aras de salvaguardar una congrua subsistencia que suficiente se compromete con la liquidación del derecho prestacional con un monto del 75%.

Sostuvo que existen interpretaciones diversas del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y un mismo conflicto en cuanto a la determinación del monto — ingreso base de liquidación en aras de la cuantificación de derechos pensionales, por lo que considera que cuando existe duda en la interpretación y/o aplicación de fuentes formales del Derecho de trabajo se aplicará aquella que le resulte favorable al trabajador.

Finalmente, solicitó dar cabal aplicación al principio que propugna por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, o por acoger aquella interpretación más favorable indubio pro operario, teniendo en cuenta el conflicto que se ha generado en las diversas Corporaciones que administran justicia en Colombia (fls. 344-351)

2. Parte demandada:

La apoderada de la entidad afirmó que no es posible acceder a las pretensiones de la demanda tendientes a solicitar la reliquidación de la pensión con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicio, teniendo en cuenta el precedente judicial de la Corte Constitucional, el cual ha sido acogido íntegramente por la entidad, el cual restringe el IBL de las pensiones reconocidas por un régimen anterior a la Ley 100 de 1993, dejando dicha liquidación a lo expuesto por la Ley 100 de 1993 en los artículos 21 e inciso 3 del artículo 36.

Citó jurisprudencia de la Corte Constitucional para indicar que la autoridades judiciales están en la obligación de dar aplicación al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que determina específicamente los aspectos sujetos de transición de la normatividad anterior y estipula la manera de calcular el I.B.L de todos los beneficiarios del régimen de transición, rechazando de plano la tesis defendida por el Consejo de Estado, respecto a que la palabra "monto" contenida en el artículo 36 de la Ley comentada, hacía referencia al cálculo del I.B.L., como quiera que sería contrario a las leyes de la lógica y la sana crítica, que el legislador pretendiera que las pensiones de transición se liquidaran conforme a la legislación anterior si en el mismo artículo contempla la manera de liquidar el I.B.L. de estas prestaciones.

Así mismo destacó que la sala plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a través de la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, dentro del expediente No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, determinó a través del comunicado oficial, que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición (inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993) son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Aclara que con la anterior providencia la Sala Plena rectifica la tesis sostenida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 que ordenaba la inclusión en el IBL de todos los factores devengados por el servidor así sobre los mismos no se hubieran realizado aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Señaló que la postura de la Corte Constitucional y ahora del Consejo de Estado, respecto al cálculo del IBL de las pensiones que se encuentran cobijadas por el régimen de transición el IBL no está sujeto a transición y por ello debe adoptarse lo establecido en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, siendo esto concordante con las motivaciones de los actos administrativos emitidos por COLPENSIONES, razón por la cual solicita se absuelva de todas las pretensiones formuladas y se condene en costas a la parte demandante (fls. 352-354).

II. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta oportunidad el Ministerio Público no emitió concepto.

VIII. CONSIDERACIONES

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el Despacho que están reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de Litis.

8.1. Problema jurídico.

En audiencia inicial realizado el 29 de octubre de 2018 se establecieron los problemas jurídicos a resolver en los siguientes términos:

> "-Corresponde identificar en primer lugar, cuál es el régimen jurídico aplicable al **reconocimiento** de la pensión de vejez del actor, ya sea Ley 100 de 1993, Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988 o el Acuerdo 049 de 1990; ahora bien, una vez establecido éste, verificar si es

Folios 248-250.

beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, consecuencialmente se procederá determinar si tiene derecho al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales 13 y 14, desde el 16 de octubre de 1996 y hasta el 20 de marzo de 2000.

-En segundo lugar, determinar si el accionante tiene derecho a que la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, pague las mesadas 13 y 14 desde el 21 de marzo de 2000 y si desde esa misma fecha, tiene derecho a la ***reliquidación y reajuste de su pensión de vejez,*** *con la inclusión de todos los factores salariales devengados en* ***el último año de servicios,*** *en virtud de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 o si por el contrario solo se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales la entidad demandada reliquidó su prestación social, con fundamento en las Sentencias C 258 de 2013 y SU 230 de 2015 de la Corte Constitucional.*

-Finalmente, en caso de prosperar las pretensiones de la demanda, se determinará si en el presente asunto opera el fenómeno jurídico de la prescripción" (sto. fl. 250).

8.1.1. Tesis del demandante

Afirmó que los actos administrativos enjuiciados deben ser declarados nulos por cuanto desconocieron principios constitucionales y normas legales, por las siguientes razones:

1. Porque al momento del reconocimiento pensional la entidad no tuvo en cuenta parámetros de favorabilidad, por ende, que era beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988 ó en su defecto del Acuerdo 049 de 1990, especialmente, en el cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho pensional, motivo por el cual el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales **13 y 14**, debe ser ordenada desde el 16 de octubre de 1996 y hasta el 20 de marzo de 2000.

2.- Porque al momento de liquidar la pensión vitalicia de jubilación, la entidad, solo tuvo en cuenta el salario básico mensual percibido como Ingreso Base de Cotización en virtud de los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, desconociendo que el IBL correspondía al promedio de salarios y devengados durante el último año de servicios o las últimas cien semanas, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, dando aplicación a la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, reliquidación y reajuste de mesadas pensionales entre ellas la 13 y 14, que debe efectuarse desde el 21 de marzo de 2000 (fl. 250)

8.1.2. Tesis de la demandada

Adujo que los actos administrativos demandados dispusieron siempre, conforme al historial de cotizaciones en pensiones y a la edad del actor, que al momento de adquirir **el derecho pensional** era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por consiguiente, se efectúo la liquidación de la pensión bajo los preceptos de la Ley 33 de 1985, en virtud del principio de favorabilidad. Agregó que según lo dispuesto en el inciso 8 del Acto Legislativo 01 de 2005, al demandante no le asiste derecho al reconocimiento de la **mesada 14.**

De otra parte afirmó que la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013 dispuso que para la determinación del **ingreso base de liquidación** para los beneficiarios del régimen de transición, por extensión, debían tomarse como fundamentos legales los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, igualmente afirmó que, la sentencia SU 230 de 2015, ratificó que la Ley 100 de 1993 únicamente mantuvo el régimen de transición respecto de la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, aclarando que el IBL no fue objeto de transición, por lo que las pretensiones invocadas no están llamadas a prosperar.

8.1.4. Tesis del Despacho

El demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, en aplicación de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018.

8.2. De la normatividad aplicable.

Revisado el plenario, se advierte que pese a que el apoderado de la parte actora expone de manera amplia en la situación fáctica, jurídica, en las normas violadas y en el concepto de violación, argumentos para que en el presente asunto se estudien varios regímenes para que en aplicación del principio de *"favorabilidad"* e *"indubio pro operario"* se le aplique la norma más beneficiosa al señor José Gonzalo Porras Rodríguez, entiende este estrado judicial que el análisis que solicita está encaminado no a modificar el reconocimiento de la

pensión como tal, sino a establecer la forma correcta en que debe efectuarse la reliquidación de dicha prestación.

Prueba de lo anterior, es que tanto la parte actora como la demandada en su escritos coinciden en afirmar que el actor es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que el motivo de controversia gira en torno a la forma en que se reliquidó la pensión, esto es, si se debían incluir todos los factores salariales devengados o solo aquellos sobre los cuales se realizó cotización y si se debían tener en cuenta los devengados en el último año de servicios y especialmente el IBL aplicable; todo ello a la luz de las sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, cuya jurisprudencia citaron in extenso.

En ese orden de ideas, con el fin de resolver el fondo del asunto, se analizará la normatividad aplicable en materia de liquidación de la pensión de vejez.

8.2.1 De la normatividad aplicable. Liquidación de la pensión de vejez

Así las cosas, es importante analizar, en primera instancia, los factores que deben ser tenidos en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación del demandante, partiendo de la base que el régimen normativo aplicable en el "sub judice", para establecer el monto del derecho pensional es la Ley 33 de 1985.

Esta disposición, en su artículo 3°, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación, así:

> *"ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*
>
> *Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y festivos; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*
>
> *En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes." (Negrita fuera de texto original".*

No obstante, en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, profirió sentencia de unificación, mediante providencia de fecha **4 de agosto de 2010**, Expediente No. NI 0112-09, siendo Consejero Ponente, el Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; en la que concluyó que la Ley 33 de 1985 no indicaba en forma taxativa los factores salariales que conformaban la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Tesis que fue reiterada por la misma Corporación (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá D.C., expediente: 25000 2342 000 2013 01541 01, referencia: 4683-2013, **veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016)**, en donde se dispuso que debía mantenerse la posición asumida en sentencia de unificación del 4 de agosto del 2010, es decir, la liquidación de la pensión se debe realizar teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Al respecto debe señalarse que este estrado judicial venía aplicando el anterior pronunciamiento, como órgano de cierre de ésta Jurisdicción-, y sostenía que la remisión que hacía el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al "**monto**" del régimen anterior a ésta, **comprendía tanto el ingreso base de liquidación, como el porcentaje sobre el cual se liquidaba la prestación** y en cuanto a los factores base de liquidación seguía la posición, según la cual los factores salariales contenidos en la Ley 33 de 1985 no eran taxativos sino enunciativos sin que se impidiera la inclusión de otros emolumentos que no hubieran sido objeto de aportes para pensión, devengados habitual y periódicamente durante el último año de servicios, pero tal como se mencionó al iniciar la presente exposición, la presente decisión se proferirá en virtud de la sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida el **28 de agosto de 2018** por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de

Unificación del 28 de agosto de 2018. Exp: 52001-23-33-000-2012-00143-01. C.P. Dr., César Palomino Cortés.

Si bien el órgano de cierre de ésta jurisdicción a través de la sección segunda y vía acción de tutela de otras secciones de esa Corporación, venía dando aplicación a la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010, donde indicaba que a las personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se les debía aplicar de manera integral el régimen anterior respecto de la **edad, el tiempo y el monto**, incluyendo en este último concepto tanto el porcentaje de la pensión como el ingreso base de liquidación, el cual está integrado por todos los factores salariales que se percibieron en el último año.

No obstante lo anterior, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, consideró frente al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que, si bien es cierto debía aplicarse de manera ultractiva la normativa anterior para aquellas personas quienes a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones reunieran las condiciones de edad y tiempo de servicio, no ocurría lo mismo con el IBL de la pensión debiendo dar aplicación a lo previsto en el artículo 3° de la norma en cita.

Pese a lo anterior esta instancia no acogía dicha tesis en tanto se advertía en primer lugar, que la **Sentencia C – 258 de 2013**, analizó los casos referentes al régimen pensional de los Congresistas y Magistrados de Altas Cortes, cuyos supuestos fácticos resultaban diferentes al caso de pensiones de empleados de los demás sectores, por lo que dicha sentencia en principio, no resulta aplicable, máxime cuando la norma interpretada era el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en tanto se trataba del régimen especial estudiado, y que como su nombre lo indicaba, cuando un régimen es especial, ello en sí mismo señalaba que era distinto a los otros y por lo tanto implicaba un análisis diferente, por lo que era evidente su inaplicabilidad, pues lo contrario vulneraba derechos constitucionales en punto a la igualdad y debido proceso.

De la misma manera, la Corte Constitucional profirió la sentencia **SU – 230 del 29 de abril de 2015**, resolviendo una acción de tutela por medio de la cual se solicitó la protección de los derechos constitucionales a la igualdad, debido proceso, seguridad social y mínimo vital, y retomó el debate sobre el asunto concluyendo que el IBL no es sujeto del régimen de transición debiendo aplicarse el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 sin que para ello fuese aplicable el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio conforme al artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Así las cosas, ante la brecha que existía respecto al IBL entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, la Sala Plena del órgano de cierre de esta jurisdicción, unificó el criterio de interpretación en cuanto a la controversia señalada **mediante sentencia del 28 de agosto de 2018 Exp: 52001-23-33-000-2012-00143-01. C.P. Dr., César Palomino Cortés rectificando la posición adoptada en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.**

En efecto, la Corporación estudió si conforme al pluricitado régimen de transición el **periodo de liquidación del IBL** corresponde al último año de servicios, ó a los últimos diez años o el tiempo que le hiciere falta al trabajador para adquirir su derecho. Así mismo, se analizó si los **factores para establecer el IBL** deben ser todos los que constituyan salario o los enlistados taxativamente en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales se hayan realizado aportes al Sistema pensional. Puntos sobre los cuales, luego de hacer referencia a la disparidad de criterios interpretativos y a los pronunciamientos emanados de la Corte Constitucional, fijó la siguiente regla jurisprudencial:

> *92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:*
>
> *"**El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985**".*
>
> *93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **subreglas**:*
>
> *94. **La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:*
>
> *- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con*

base en la variación del índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social, por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989). Por esta razón, ***estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.***

... Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003).

96. ***<u>La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.</u>***

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1º de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y ***solidaridad,*** *en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".*

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985, ***solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salorial en la liquidación de la mesada pensional.***

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas ***de cotización.*** *Para la liquidación de las pensiones* ***sólo*** *se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. [negrilla y subrayados fuera de texto original]*

Así las cosas la Sala Plena acogió la postura reciente de la Corte Constitucional y precisó que para aquellos servidores públicos cobijados por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 para efectos de liquidar su pensión, será el contenido en el artículo 36 ibídem con los factores previstos allí también.

En estas condiciones, materia de régimen de transición de la Ley 100 de 1993 el Ingreso Base de Liquidación a tener en cuenta para liquidar las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición es el dispuesto en el Sistema General de Pensiones, más exactamente, el señalado en el Decreto 1158 de 1994 que prevé:

"ARTÍCULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994 quedará así: 'Base de Cotización'. El salario mínimo de base para la cotización al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:
a) La asignación básica mensual;
b) Los gastos de representación;
c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario;
e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras o recargo nocturno;
g) La bonificación por servicios prestados;"

- Ley 100 de 1993 "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema de Seguridad Social Integral no se aplicará a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuya vinculación a cargo suyo sea anterior a la fecha de vigencia de cualquier clase de vinculación [...] Tampoco será aplicable a los exceptuados [...] y a los pensionados favorecidos con bonos pensionales por servicios prestados a entidades del régimen de prima media con prestación definida [...]".

Lo anterior, sin perjuicio de otros emolumentos frente a los cuales el legislador haya señalado, mediante norma especial[3] que constituyen factor para liquidación de la pensión o de personal exceptuado del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Por lo que acogiendo la tesis del órgano de cierre de esta jurisdicción, en el sentido de que a través de esta interpretación, se garantiza que la pensión de los beneficiarios de transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado, se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y asegura la viabilidad financiera, se cambiará la posición que esta instancia venía aplicando a casos de similares contornos al que aquí se está analizando, aunado a que tal como lo dejó sentado el Consejo de Estado, la sentencia de unificación tienen efectos retroactivos y por lo tanto, deben ser aplicadas obligatoriamente por parte de **las autoridades judiciales y administrativas en todos los casos pendientes de solución**, exceptuando las situaciones ya decididas por sentencia judicial, en observancia del principio de seguridad jurídica y respeto a la cosa juzgada.

De la misma manera es importante dejar en claro que conforme a lo indicado en sentencia C-816 de 2011, las decisiones proferidas por los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones "*tienen **valor vinculante** por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio***.

5. CASO CONCRETO

En el presente caso tal como se dijo al iniciar la exposición de la presente decisión y a efectos de resolver los problemas jurídicos planteados se dirá que, revisada la resolución No. 00802 de 10 de septiembre de 2002[4], por medio de la cual el Instituto de Seguros Sociales concedió pensión de vejez al actor, se evidencia que ésta fue reconocida por el cumplimiento de los requisitos contemplados en la Ley 100 de 1993 (fls. 40-41 y vto).

No obstante lo anterior, con base en la solicitud de reliquidación pensional presentada por el actor el 15 de noviembre de 2016, radicada bajo el No. 2016_13267459, ante COLPENSIONES, en virtud del principio de favorabilidad la entidad indicó que la norma aplicable era la Ley 33 de 1985 y bajo esos requisitos resolvió la solicitud presentada (fls. 60-65)

Ahora bien identificado el régimen por medio del cual se procedió al reconocimiento de la prestación y realizadas las aclaraciones del caso, debe reiterarse que con base en los argumentos esbozados por las partes en el expediente, no es motivo de controversia el régimen por el cual se procedió al reconocimiento de la pensión que ostenta el señor José Gonzalo Porras Rodríguez, prueba de ello es que se enjuician los actos administrativos por medio de los cuales la entidad negó la reliquidación de la pensión en los términos solicitados y resolvió de manera desfavorable los recursos interpuestos.

Igualmente, no se encuentra en debate que el accionante está amparado por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, por cuanto esta afirmación fue realizada por la parte actora y aceptada por la entidad en la contestación de la demanda, tal como quedó en la fijación del litigio.

En ese orden de ideas, atendiendo las pretensiones del libelo demandatorio y la exposición de motivos presentada por el apoderado del demandante, la defensa ejercida por la accionada y el material probatorio arrimado al proceso, se deberá determinar si tal como lo indica el actor la reliquidación de la pensión debe ordenarse con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en virtud de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010; o si por el contrario sólo se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales la entidad demandada reliquidó su prestación social, con fundamento en las Sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015 de la Corte Constitucional, finalmente, se deberá establecer si el asiste derecho al reconocimiento y pago de las mesadas 13 y 14.

Así las cosas, se encuentra acreditado dentro del proceso lo siguiente:

---

[3] A título de ejemplo el artículo 1° del Decreto 1158 de marzo de 2015 y el artículo 1° del Decreto 1462 de 2013.
[4] Folios 18-19 y vto y 40-41 y vto.

-Del contenido del acto administrativo GNR 392297 de 28 de diciembre de 2016, se advierte que el demandante prestó sus servicios en el municipio de Socotá por el periodo comprendido entre el **9 de marzo de 1973** al **12 de julio de 1973** (fls. 60-65 y cd de antecedentes administrativos fl. 271)

Según certificado de información laboral formato 1, expedido por la Contraloría General de la República, el señor José Gonzalo Porras Rodríguez, identificado con C.C. No. 17.011.371, prestó sus servicios en dicha entidad desde el **07 de marzo de 1975 al 30 de septiembre de 1993**, realizando aportes a CAJANAL (fls. 44, 89 y cd de antecedentes administrativos fl. 271).

-Según certificado de información laboral formato 1, expedido por la Asamblea Departamental de Boyacá, el señor José Gonzalo Porras Rodríguez, identificado con C.C. No. 17.011.371, prestó sus servicios en dicha entidad desde el **01 de septiembre de 1995 al 11 de octubre de 1996**, realizando aportes a la Caja de Previsión (fls. 55, 100 y cd de antecedentes administrativos fl. 271).

De igual manera con la copia del documento de identificación del demandante, el cual se encuentra en el expediente, se acreditó que éste nació el **21 de marzo de 1940**, por lo tanto adquirió el **status jurídico** por edad el **2 de marzo de 1995** (fls. folios 17, 92 y cd de antecedentes administrativos fl. 271)

Ahora bien, realizados los cómputos del tiempo de servicio prestado y de edad de la parte actora, se logró determinar que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaban al actor trece meses y dos días, para la consolidación de su derecho pensional, es decir, menos de diez (10) años en los términos de la Ley 33 de 1985; según la cual, el requisito de edad es de 55 años, tiempo de servicios de 20 años y monto equivalente al 75%.

En consecuencia, al ser el demandante beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en aplicación de la jurisprudencia de unificación trascrita y de las reglas interpretativas trazadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, es evidente que la subregla aplicable, para liquidar la pensión es la siguiente:

> *-"Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE.*

Vale la pena, mencionar que mediante resolución No. 00082 de 10 de septiembre de 2002, el Instituto de Seguros Sociales ISS, reconoció al señor José Gonzalo Porras Rodríguez pensión de vejez (fls. 40-41 y vto y cd de antecedentes administrativos fl. 271)

Posteriormente, con ocasión de la solicitud de reliquidación del 15 de noviembre de 2016, COLPENSIONES expidió la resolución No. GNR 392297 de 28 de diciembre de 2016, reliquidando la pensión de vejez del señor José Gonzalo Porras Rodríguez, a partir del 15 de noviembre de 2013, teniendo en cuenta para liquidar el ingreso base de liquidación, los factores salariales contemplados en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 (fls. 60-65 y cd de antecedentes administrativos fl. 271)

Contra la anterior determinación el demandante a través de apoderado interpuso los recursos de reposición y apelación (fls. 66-74 y cd de antecedentes administrativos fl. 271) los cuales fueron decididos por la entidad de manera desfavorable a través de las resoluciones GNR 45243 de 10 de febrero de 2017 y DIR 382 de 4 de marzo de 2017, confirmando el acto primigenio en todas y cada una de sus partes.

Así las cosas al revisar los factores salariales devengados en el periodo que le hacía falta al actor para adquirir el derecho pensional, encontramos que según certificaciones obrantes a folios 56-57, 299-300 y cd de antecedentes administrativos fl. 271 correspondientes a los formatos 2 (certificación de salario base) y formato 3 A (certificación de salarios mes a mes) suscritos por la Asamblea Departamental de Boyacá durante ese periodo no devengó ningún factor adicional a la asignación básica mensual.

No obstante, al revisar la certificación expedida el 9 de noviembre de 2016 por la oficina de gestión documental de la Asamblea de Boyacá, encontramos que en esta se indica que a través de resolución No. 520 de 31 de octubre de 1995 el actor fue ascendido al cargo asesor 404-04, con un **salario mensual** de $356.800, **prima de navidad** año de 1995 por valor de $121.933, que laboró hasta el 15 de octubre de 1996, que según resolución de delación del cargo No. 587 de la misma fecha, según resolución No. 718 de diciembre de 1996 se le

pagaron: **las vacaciones y prima de vacaciones** ($465.000), **prima de servicios** ($465.000) y **la prima de navidad** de 1996 ($365.000), tal como se observa a folios 58 y 314 del plenario.

Igualmente, pese a que el demandante en el libelo demandatorio no manifestó de manera expresa cuáles factores debían ser incluidos en la reliquidación pensional, también lo es que, en el escrito de solicitud de reliquidación pensional allegado por el apoderado, dirigido a COLPENSIONES de fecha 9 de noviembre de 2016, se observa que dentro de las pretensiones principales se (4.1.1) peticiona que para la reliquidación de la asignación básica se tengan en cuenta los factores salariales que integraron el salario durante el último año de servicio, citando: ***"sueldo, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad"***.

Ahora bien, revisados los conceptos por los cuales el accionante recibió sumas adicionales al pago del salario básico, encontramos que ninguno de estos se encuentran establecidos en el Decreto 1158 de 1994 por ende, a la luz de la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, no deben ser tenidos en cuenta como factor de liquidación pensional, sumado a que dicha normatividad los señala de manera taxativa.

Ahondando en razones, en la resolución No. GNR 392297 de 28 de diciembre de 2016 por medio de la cual se reliquida el pago de la pensión de vejez del actor, dispuso "... *Que para obtener el ingreso base de liquidación de la presente prestación, se toman los factores salariales establecidos en el artículo 1 del Decreto 1158 del 3 de junio de 1994, de conformidad con lo establecido por la Circular 01 de 2012, anteriormente mencionada*" (fls. 60-65 y cd de antecedentes administrativos fl. 271).

Igualmente, se observa que en dicho acto administrativo se efectuó un análisis de la pensión reconocida, aplicándose por favorabilidad la que resultó más beneficiosa, con una fecha de efectividad desde el 15 de noviembre de 2013, por valor de $1'106.556 y con un IBL del 75%, reiterándose que para el cálculo del ingreso base de liquidación de la prestación se tuvieron en cuenta los factores salariales expresamente señalados en el artículo 1 del Decreto 1158 del 3 de junio de 1994.

Con base en lo anterior, es dable concluir que el actor, aun cuando sea beneficiario del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no tiene derecho a que su mesada pensional sea reliquidada con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, por lo que se concluye que las pretensiones no tienen vocación de prosperidad, pues el reconocimiento pensional se ajustó a los parámetros de la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, la cual sirvió como referente para resolver el fondo del asunto.

Igualmente, no se accederá a la pretensión de reliquidación de los valores que el actor ha venido recibiendo por concepto de mesada catorce, tal como fue solicitado en el escrito del 9 de noviembre de 2016 obrante a folios 25-36, por cuanto se debía proceder a ésta solo en caso de que se incluyeran: la prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad, dentro de la reliquidación pensional, pero como se dijo en párrafos que anteceden al no estar enlistados en el artículo 1 del Decreto 1158 del 3 de junio de 1994, no hay lugar a ordenar la reliquidación de ningún valor de los que viene percibiendo el demandante, en consecuencia esta pretensión no está llamada a prosperar.

Finalmente, no puede pasar por alto que el apoderado del actor expuso a lo largo de sus escritos que se debía analizar en virtud de los principios de *"favorabilidad"* e *"indubio pro operario"* otros regímenes a efectos de aplicar el más beneficioso frente a la reliquidación de la pensión, por lo que el Despacho se pronunciara de la manera en que sigue:

Respecto de la solicitud de aplicación de las Leyes 71 de 1998 y el Decreto 758 de 1990, se dirá que revisado el material probatorio éstas no regulan el reconocimiento de la pensión del actor, por cuanto para su aplicación, se debieron realizar cotizaciones en el sector privado para acceder al derecho de la prestación y en el asunto bajo estudio no se avizora que se hayan acreditado dichas cotizaciones.

Con base en lo anterior, **SE DECLARARÁN PROBADAS** las excepciones formuladas por el apoderado de COLPENSIONES a las que denominó: ***"Inexistencia del derecho y obligación, improcedencia de los intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, campensación o deducción de pagos realizados e innominada o genérica"***. *Respecto de la* ***"PRESCRIPCION"*** el Despacho se abstiene de realizar su análisis toda vez que no se accedió a las pretensiones de la demanda.

4. COSTAS.

Conforme a lo indicado en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, si bien corresponde imponer condena en contra de la parte vencida no pasa por alto el Despacho que atendiendo a criterios jurisprudenciales vigentes al momento de interponer la demanda[5], las pretensiones del libelo introductorio tenían cierta vocación de prosperidad y que la decisión de la litis obedece a sentencias posteriores y al cambio jurisprudencial reseñado con antelación. Por lo cual, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte actora.

Por lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO. - DECLARAR PROBADAS las excepciones denominadas "***Inexistencia del derecho y obligación, improcedencia de los intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, compensación o deducción de pagos realizados e innominada o genérica***", propuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por **JOSÉ GONZALO PORRAS RODRÍGUEZ**, en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO.- NO CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandante según lo antes expuesto.

CUARTO.- ARCHIVAR el expediente, previas las anotaciones y constancias de rigor. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado.

Notifíquese y Cúmplase,

EDITH MILENA RATIVA GARCIA
Juez

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

La sentencia [illegible] 10 de noviembre 09 de [illegible] de 2021 [illegible] 8:00 A.M.

SECRETARIO

---

19 de [illegible] de 2[illegible] 125

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

SENTENCIA No. 12 de 2020

Tunja, seis (06) de marzo de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicación No: **150013333012 – 2018 – 00016 – 00**
Demandante: **ARMANDO RINCÓN SÁNCHEZ**
Demandado: **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL**

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesto por el señor **ARMANDO RINCÓN SÁNCHEZ,** en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – **CREMIL.**

I. ANTECEDENTES

1. Objeto de la acción.

Mediante apoderado judicial, el señor **ARMANDO RINCÓN SÁNCHEZ,** solicitó se declare la nulidad del Oficio No. 2017 23503 de 09 de mayo de 2017, proferido por Subdirector Administrativo de CREMIL, mediante el cual se le negó al actor: i) la reliquidación de su asignación de retiro tomando como base de liquidación la establecida en el inciso segundo del artículo 1 del decreto 1794 de 2000 (60%) ii)aplicar correctamente el artículo 16 del decreto 4433 (70% del salario mensual adicionado en un 38,5% de prima de antigüedad) iii) adicionar la 1/12 parte de la prima de navidad en la liquidación de la referida asignación.

Como consecuencia de la anterior declaración en calidad de restablecimiento del derecho solicita se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a reliquidar la asignación de retiro tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo primero (1°) del decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60 % del mismo salario); liquidar la asignación de retiro de conformidad a lo establecido en el artículo 16° del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, es decir, al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38,5 de la prima de antigüedad; liquidar la asignación de retiro incluyendo como partida computable la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad establecida en el artículo 5 del decreto 1794 de 2000, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 13.1.8 del decreto 4433 de 2004.

Que en virtud a las pretensiones anteriores, se ordene el reajuste de la asignación de retiro, año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje las reliquidaciones solicitada en los numerales anteriores; ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento de la asignación en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, de conformidad a lo establecido en el artículo 187 del CPACA; ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados en los numerales anteriores, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en el artículo 192 y 195 del CPACA; ordenar a la Entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho (fls. 12-13).

2. Hechos que dan lugar a la acción.

Teniendo en cuenta la fijación del litigio realizada dentro de la audiencia inicial llevada a cabo el 19 de diciembre de 2018 obrante a folios 82-85, los hechos referenciados por el apoderado son los siguientes:

Indicó que el señor Armando Rincón Sánchez prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional.

Que una vez terminado el periodo reglamentario de conformidad a lo dispuesto en el Ley 131 de 1985 fue incorporado como soldado voluntario y a partir del 01 de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército fue promovido como soldado profesional condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza.

Explicó que previo cumplimento de los requisitos exigidos en el artículo 16° del Decreto 4433 de 2004, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Resolución N°1178 de fecha 21 de febrero de 2017 le reconoció al demandante la asignación de retiro.

Señaló que con fecha 21 de abril de 2017, radicado N° 20170032796, el señor Armando Rincón Sánchez, radico derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitando que en la liquidación de su asignación de retiro se tome como base de liquidación la establecida en el inciso segundo del artículo primero (1°) del decreto 1794 de 2000, igualmente que se tenga como partida computable la prima de navidad y se incluye la prima de antigüedad de conformidad a los dispuesto en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004.

Indicó que con fecha 09 de Mayo de 2017 mediante acto administrativo radicado N° 2017-23503 la Caja de Retiro dio respuesta al derecho de petición, negando las peticiones solicitadas en el derecho de petición, agotándose de esta forma la actuación administrativa.

Finalmente explicó que desde el reconocimiento de la asignación de retiro la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, viene liquidando la asignación de retiro del demandante teniendo como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un cuarenta por ciento (40%).

3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

De conformidad con los hechos narrados, considera el apoderado de la parte demandante que se vulneraron las siguientes normas:

CONSTITUCIONALES: Preámbulo y los artículos 1°, 2°, 4°, 13°, 25°, 46°, 48°, 53° y 58°.

LEGALES: Ley 131 de 1985, Ley 4° de 1992, Ley 923 de 2004, Decreto 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004, Decreto 1793 de 2000, Decreto 1794 de 2000, Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

Explicó que mediante Decreto 1793 de 2000 se creó la modalidad de soldados profesionales, cuerpo conformado por los soldados regulares que una vez finalizado el Servicio Militar obligatorio manifestaron su intención de continuar vinculados a la Fuerza Pública, y por los antiguos soldados voluntarios que manifestaron su deseo de continuar laborando en las Fuerzas Militares, bajo esta nueva modalidad.

Que el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la ley 578 de 2000 en el artículo 5° del decreto 1793 de 2000 dejo establecida la opción para que los soldados que tenían la condición de voluntarios a 31 de diciembre de 2001 de conformidad a lo dispuesto en la ley 131 de 1985 se incorporaran como soldados profesionales igualmente, en el artículo 38° del decreto 1793 de 2000 se les garantiza que de conformidad a la ley 4° de 1992 se les garantizaría los derechos adquiridos (tiempo de servicio, antigüedad, prima de antigüedad y asignación básica mensual)

Manifestó que a través del Decreto 1794 de 2000 el Gobierno Nacional estableció el Régimen Salarial y Prestacional para el personal de Soldados Profesionales pertenecientes

a las Fuerzas Militares, disponiendo en el artículo primero como asignación básica el salario mínimo incrementado en un 40% del mismo salario para quienes ingresaran a este cuerpo a partir del 01 de enero de 2001.

Sostuvo que con el fin de respetar los derechos ya adquiridos de quienes a 31 de diciembre del 2000 tenían la calidad de soldados, el inciso segundo del mismo artículo dispuso que estos seguirían percibiendo la asignación básica que venían percibiendo, esto es el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo, es decir los soldados voluntarios que se acogieran al nuevo estatus de soldados profesionales continuarían percibiendo la asignación mensual que venían percibiendo.

Añadió que, desde que el demandante le fue reconocida la asignación de retiro la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares viene liquidando su asignación tomando como base de liquidación la de un salario mínimo incrementado en un 40%, inaplicando el régimen de transición establecido en el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794 de 2000 aplicable a los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios.

Afirmó que a través de la ley 923 de 2004 el legislador creo el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro a los soldados profesionales que presten veinte años (20) de servicio. En el artículo dieciséis (16°) del decreto 4433 de 2004, el Gobierno Nacional reglamento su reconocimiento, el monto y el procedimiento para su liquidación, indicando que esta prestación sería equivalente a un setenta por ciento (70%) del salario mensual adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38,5%) de prima de antigüedad.

Sostuvo que desde que al demandante le fue reconocida su asignación de retiro, esta le viene siendo liquidada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares sobre la sumatoria de la asignación básica y el treinta y ocho punto cinco por ciento (38,5%) de prima de antigüedad, y al monto resultante le viene aplicando el 70%. Adujo que esta errónea aplicación del artículo 16, lleva a que se presente una doble afectación la partida prima de antigüedad.

Explicó que al momento del retiro el demandante tenía reconocido como prima de antigüedad un porcentaje del 58,5% de la asignación básica. De conformidad con los artículos 13° y 16° del decreto 4433 de 2004, esta prestación debe de ser tenida en cuenta para establecer la asignación de retiro de los soldados profesionales, reduciéndose su porcentaje a un 38,5%. Cuando la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la liquidación de la asignación la afecta aplicándoles el 70%, a la prima de antigüedad esta se reduce una vez más, quedando solamente en un 26%.

Que de la lectura del artículo 16° del decreto 4433 se puede observar que, para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, se parte del 70% de la asignación básica a la cual se le debe adicionar el 38,5% como prima de antigüedad, sin que exista justificación alguna para que la Caja de Retiro le aplique el 70% a la prima de antigüedad, afectando negativamente el valor de la mesada a reconocer al demandante.

Explicó que al disminuirse, en un 20% la asignación básica a los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios, y al afectarse doblemente la partida prima de antigüedad, se está contraviniendo de manera directa los principios fundamentales propios de un Estado Constitucional de Derecho.

Por otro lado, explicó que la prima de navidad es una prestación salarial que se les reconoce y paga en el mes de diciembre a todos los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, a oficiales, suboficiales, agentes de policía, cuerpo del nivel Ejecutivos y civiles al servicio del Ministerio de la Defensa se les reconoce por esta prestación la totalidad de los haberes percibidos en el mes de noviembre del respectivo año, de conformidad a lo establecido en los decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990.

Que la prima de navidad para los soldados profesionales fue creada por el legislador en el artículo 5° del decreto 1794 de 2000, la misma le fue cancelada al demandante en los meses de diciembre durante el tiempo que presto servicios profesionales en la Fuerza Pública, hasta su retiro de la Fuerza.

Que la prima de navidad es una prestación que de conformidad a los dispuesto en el artículo 13.1.8 del decreto 4433 de 2004 es tenida en cuenta como partida computable en el reconocimiento y liquidación de las asignaciones de retiro de los oficiales, suboficiales, agentes de policía y civiles adscritos al Ministerio de Defensa. Sin que exista una razón justificada la prima de navidad no se les reconoce como partida computable en la liquidación de retiro de los soldados profesionales, quienes la venían ganado en servicio activo, configurándose una violación al derecho constitucional a la igualdad.

Hizo alusión al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13° de la Constitución Política y señaló que cuando la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en el acto administrativo objeto de estudio, niega la liquidación de la asignación de retiro de acuerdo a la asignación básica de un salario mínimo incrementado en un 60% fijada en inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, omite el mandato constitucional y legal que indica la obligatoriedad de tener en cuenta para determinar la mesada pensional los ingresos percibidos por el trabajador, de conformidad a las normas legales que así lo dispongan, comportamiento que no obedece un actuar razonable por parte de la administración, generando con ello un trato discriminatorio y desigual que desvirtúa la adecuada aplicación de la Constitución Política con referencia al principio fundamental de la igualdad.

Afirmó que cuando la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales no tiene en cuenta como partida computable la prima de navidad y si lo hace para las asignaciones de oficiales, suboficiales, agentes de policía y personal civil al servicio del Ministerio de la Defensa, está violando el derecho fundamental a la igualdad.

Señaló que en la ley 923 de 2004, "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150° numeral 19, literal e) de la Constitución Política" en el artículo segundo dejaron claramente consignadas las facultades que mediante esta Ley Marco podía el Ejecutivo reglamentar el sistema de pensiones de este grupo de personas, sin desconocer del derecho a la igualdad.

En virtud de lo dicho solicitó se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a fin de fijar la asignación de retiro del demandante tomando como base de liquidación la asignación mensual establecida en el inciso segundo del artículo primero (1°) del decreto 1794 de 2000, aplicar correctamente el artículo 16° del decreto 4433 de 2004 e incluir en la liquidación la prima de navidad como partida computable.

Explicó que se debe dar aplicación al principio de in dubio pro operario, que Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales que ingresaron a las filas de la Fuerza Pública antes del 31 de diciembre de 2000 está tomando la interpretación más desfavorable del artículo primero (1°) del decreto 1794 de 2000, al tomar como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un cuarenta por ciento (40%) y cito jurisprudencia al respecto.

Consideró que en el caso de duda de cuál de las asignaciones básicas dispuestas en el artículo primero del Decreto 1794 de 2000, debe de ser aplicada en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios debe de ser la del inciso segundo del mencionado decreto.

Que de igual forma sucede con la interpretación que la Caja de Retiro hace del artículo 16° del decreto 4433 de 2000 en la liquidación de la asignación de retiro del demandante al aplicarle el 70% a la partida prima de antigüedad afectando doblemente esta prestación, siendo la interpretación más desfavorable, toda vez que incide directamente sobre el monto de la mesada a cancelar.

Respecto de la legitimación por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares indicó que es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión a los afiliados que

acrediten tal derecho con sujeción a normatividad aplicable y vigente a la fecha del reconocimiento.

Reiteró que en el presente caso se pretende la liquidación de la asignacion de retiro del actor tomando como base de liquidación un (1) salario mínimo incrementado en un sesenta (60%) por ciento, de conformidad a lo establecido en el régimen de transición que el legislador dejó consignado en el párrafo segundo del artículo primero del decreto 1794 de 2000 para los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios de conformidad con la ley 131 de 1985, y siendo la Caja de Retiro la encargada legalmente del reconocimiento, liquidación y pago de las asignaciones de retiro, es a la que le corresponde atender el requerimiento formulado tanto en el derecho de petición como en la presente demanda.

Adujo que la hoja de servicio que expide el Ministerio de Defensa de los integrantes de la Fuerza Pública que pasan al retiro, es la guía para la liquidación de las asignaciones de retiro de ella la Caja de Retiro toma el tiempo de servicio, las partidas computables y los porcentajes de la misma, pero la base de liquidación no, ya que esta sufre una variación año a año de conformidad con los decretos que expide anualmente el Ejecutivo en desarrollo de la ley 4 de 1992, para fijar las asignaciones básicas para el personal en servicio activo y que por aplicación del principio de oscilación igualmente se aplica a en la liquidación de las asignaciones de retiro de los pensionados.

Agregó que para el caso de los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios la base de liquidación está establecida, en el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794 del 2000, y no es determinado por el Ministerio de la Defensa, ni está establecido en la hoja de servicio, como lo ha querido hacer ver la demandada, en conclusión es a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a la que le corresponde dar aplicación de la ley y a los procedimientos que en ella se establezcan para la liquidación de las asignaciones de retiro razón por la cual consideró que no existe falta de legitimación en la causa por pasiva de su parte, aunado al hecho que la inconformidad no está dada en el contenido en la hoja de servicio sino en la aplicación del régimen de transición.

De otra parte, en cuanto a la prima de antigüedad, dijo que el liquidador debe en primera instancia aplicarle el 70% a la asignación básica y al valor resultante le debe adicionar el 38.5% de la asignación básica como prima de antigüedad, resaltando que el legislador antepuso el 70% y posterior a ello menciona la adición de la prima de antigüedad.

Añadió que la demandada desde el reconocimiento de la asignación de retiro del actor viene liquidando la prima de antigüedad aplicándole el 70% tanto a la asignación básica como a la prima de antigüedad, lo que afecta en forma significativo el valor de la mesada a cancelar y allegó un ejemplo:

LIQUIDACION ACTUAL APLICANDO EL 70% A LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD	
SUELDO BASICO	$ 902.350
PRIMA DE ANTIGÜEDAD 38.5 %	$ 347.044
SUMATORIA DE LA ASIGNACION MAS LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD SUBTOTAL	$ 1.249.394
ASIGNACIÓN DE RETIRO 70%	$ 874.576

LIQUIDACIÓN CORRECTAMENTE REALIZADA DE CONFORMIDAD LA ARTICULO 16 DEL DECRETO 4433 DE 2000

SUELDO BASICO	$ 8902.350
70% DEL SUELDO BASICO	$ 631.645
PRIMA DE ANTIGUEDAD 38.5%	$ 347.304
ASIGNACION DE RETIRO	$ 978.949

Con base en los anteriores cuadros concluye que la demandada esta liquidando la asignación de retiro del actor vulnerando lo dispuesto por el legislador en el artículo 16 del decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, motivo por el cual solicita se ordene a la accionada que en la liquidación de la asignación de retiro, tomar como base de liquidación lo establecida en el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794 de 2000, es decir no se aplique el 70% la prima de antigüedad, si no que el 38.5 de esta partida se adicione al 70% de la asignación básica tal como lo establece el artículo 16 del decreto 4433 del 2004.

Dijo que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la motivación de los actos enjuiciados, incurrió en falsa motivación al no existir correspondencia entre la decisión adoptada y los motivos de hecho y de derecho que se adujeron para negar las peticiones generando la nulidad de los mismos, igualmente, quebrantó las disposiciones de jerarquía superior normativa.

Adujo que la doctrina y la jurisprudencia, han señalado que existe falsa motivación, cuando los fundamentos alegados por el funcionario que expidió el acto administrativo en realidad no han existido, o no tenían el carácter jurídico que el legislador les ha dado es decir, que se estructura la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos de una parte, o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la medida tomada.

Agregó que la falsa motivación, se presenta por la aplicación incorrecta de los métodos de interpretación normativa o por la falta de conexidad entre los argumentos esbozados en el acto administrativo y la solicitud presentada a la administración; quedando claro que la demandada, al negar las peticiones ha hecho una incorrecta aplicación del decreto 4433 de 2004 toda vez que la ley 131 de 1985 y el decreto 1794 de 2000 no estipulan la cuantía con la cual se debía efectuar la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados voluntarios que posteriormente ingresaron al personal de los soldados profesionales; provocando la existencia de la nulidad del acto demandado por falsa motivación (fls. 15-34)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL- (Fls. 52-55).

La apoderada de la entidad, presentó escrito de contestación de la demanda en donde en primer lugar hizo alusión al reajuste del 20% de la asignación de retiro que devenga el demandante, concluyendo que de conformidad con Sentencia de Unificación [illegible] 850013333002 20130060 01 del 25 de Agosto de 2016 aclarada mediante la Sentencia Aclaratoria del 6 de Octubre de 2016, los soldados voluntarios posteriormente incorporados como profesionales, tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%, no obstante que esta decisión se tomó sin vinculación alguna de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Que en consideración a lo anterior, el Ministerio de Defensa Ejército Nacional – Dirección de Personal en cumplimiento de la sentencia de unificación, radicó en esa entidad, el complemento de la Hoja de Servicio del hoy demandante según consecutivo N° 20170090504 de 29 de septiembre del año 2017, por medio del cual realizó el incremento del 20% adicionado al salario básico mensual del militar, quedando aumentado del 40% al 60% tal como lo dispone el inciso 2° del artículo 1° del decreto 1794 de 2000.

Como consecuencia, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, profirió la Resolución N° 1792 de fecha 18 de enero de 2018, incorporando el incremento del 20% de conformidad con el documento aportado por la fuerza, acto administrativo que fue notificado al Señor Soldado Profesional (RA) ARMANDO RINCON SÁNCHEZ, mediante comunicación enviada el día 11 de mayo de 2018, con consecutivo N° 2018-47976.

Alegó que no existe vulneración al derecho a la igualdad y citando la Sentencia C-387/94, Dr. Carlos Gaviria Díaz, explicó que la diferencia de trato no necesariamente implica discriminación, pues depende de que exista sujetos iguales para dar un trato igual, en tanto si esto no es así no se puede hablar de un trato discriminatorio, además se hace necesario que la decisión de tratar de manera diferente a dos sujetos, este fundada en un fin aceptado constitucionalmente y que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada.

Señaló que fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro a través del Decreto 4433 de 2004, Decreto que actualmente se encuentra vigente y el cual no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su vigencia.

Adujo que no le corresponde a esa institución efectuar interpretaciones, ni juicios de valor, apartándose de lo establecido en la norma especial aplicable a cada uno de los miembros de la fuerza pública y que los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares tienen una disposición especial, los miembros de la policía Nacional cuentan con otras disposiciones, el personal civil tiene otras disposiciones y los soldados profesionales también cuentan con su regulación especial sobre la materia, debiendo la Entidad reconocedora de la prestación aplicar en su integridad tales disposiciones y de no hacerlo, se estaría asumiendo una carga prestacional que no le corresponde.

Explicó que la entidad que representa es la encargada de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento, que además dicha entidad actuó conforme a derecho y los actos administrativos que de ella gozan de presunción de legalidad y que los derechos los derechos y obligaciones en cuanto el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares, han hecho parte de un régimen especial que les es propio, diferente del régimen general.

Que no existe causal de nulidad, pues de conformidad con el artículo 137 del CPACA, no se configuró ninguna de ellas y, por el contrario, las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares.

Finalmente consideró que no se configura la causal de falsa motivación, pues las actuaciones de CRFMIL se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares y, en consecuencia, estas actuaciones no se enmarcan dentro de ninguna de las causales de nulidad, motivo suficiente para desestimar las suplicas de la demanda.

2.1.1 De las excepciones propuestas.

2.1.1.1. En cuanto al reajuste solicitado con el SMLMV mas el 70% de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (prima de antigüedad)

Señaló que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 es suficientemente claro respecto de la forma en que debe hacerse la liquidación de la prima de antigüedad así:

[illegible]

Asignación [illegible]

[illegible]

Concluyó que siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70%) del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha venido realizando la entidad.

2.1.1.2. Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la prima de navidad, en la asignación de retiro del soldado profesional

Adujo que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, existe una partida computable denominada de la Prima de Navidad, pero únicamente puede ser tenida en cuenta en las liquidaciones de las asignaciones de los oficiales y suboficiales.

Que por otro lado, en el numeral 13.2 del mismo artículo se establecen las partidas computables para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se haya considerado la partida de la prima de navidad, por lo tanto de conformidad con el criterio de especialidad de la norma esta última disposición prima sobre las demás, aunado al hecho de que la entidad que representa únicamente se encuentra aplicando la Ley y tiene completamente prohibido incluir partidas que no se encuentren expresamente estipuladas en la misma.

Concluyó manifestando que la 1/12 parte de la prima de navidad es un derecho que los soldados profesionales nunca han percibido, por tanto, mal puede pretenderse que en el retiro se reconozcan partidas computables que no fueron reconocidas ni siquiera en actividad.

III.- TRASLADO DE EXCEPCIONES

Dentro del término legal se corrió traslado de las excepciones propuestas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL – (fls. 78-79), frente a las cuales la parte actora guardó silencio.

IV. AUDIENCIA INICIAL

Mediante auto del 21 de septiembre de 2018 (fl. 80 y vto) se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 180 del CPACA.

Dicha diligencia se llevó a cabo el día señalado (fls. 82-85) y se desarrolló dentro de los parámetros consagrados en dicho artículo, saneando el proceso, pronunciándose sobre las excepciones propuestas y fijando además el litigio en torno a los hechos y pretensiones.

En cuanto a la fijación de los hechos, el Despacho descartó el estudio de los siguientes: 8, 10, 12 y 13, de lo manifestado por la entidad y acreditado dentro del proceso se concluyó que existían hechos probados mediante documental aportada al proceso, no obstante se concluyó que existía disenso respecto a los no aceptados de manera expresa por la demandada. Respecto de las pretensiones se concluyó que había disenso respecto de todas.

Una vez las partes manifestaron su acuerdo en la fijación del litigio se prosiguió a terminar la etapa de conciliación y a decretar las pruebas de las partes y de oficio.

V. AUDIENCIA DE PRUEBAS

De conformidad con lo previsto en el artículo 181 del CPACA, se practicó audiencia de pruebas, en la cual se recaudaron los documentales decretadas en audiencia inicial, necesarias para proferir decisión de fondo, dicha diligencia fue efectuada el 13 de diciembre de 2019 (fls. 174 y vto).

A renglón seguido en esta misma audiencia, se consideró innecesario llevar a cabo audiencia de alegatos y juzgamiento, motivo por el cual se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez días siguientes a la realización de la misma (fls. 174 y vto).

VI. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. Parte demandante (fls. 183-186)

El apoderado de la parte demandante reiteró los planteamientos expuestos en la demanda y cito la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, radicación No. 85001-33-33-002-2013-00237-001 (1701-2016), con el fin de que sean aplicadas las reglas de unificación establecidas en la misma.

VII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Delegada ante este Despacho, no emitió concepto.

VIII. CONSIDERACIONES

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el Despacho que están reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de Litis.

8.1. Problema jurídico.

En audiencia inicial realizada el 19 de diciembre de 2018[1] se estableció el problema a resolver en los siguientes términos:

> *"Se contrae el presente asunto a establecer, si le asiste derecho al señor Armando Rincón Sánchez a la reliquidación de la asignación de retiro tomando como base de liquidación la remuneración establecida en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000.*
>
> *Determinar si la prima de antigüedad del demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, debe ser liquidada en un 70% de la asignación básica, adicionándole el 38,5 de la prima de antigüedad.*
>
> *Igualmente si el demandante tiene derecho a que se le incluya como partida computable de su asignación de retiro la duodécima parte de la prima de navidad tal como lo indica la disposición por el artículo 13.1.3 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004.*
>
> *En caso afirmativo, determinar si el actor tiene derecho al reajuste de la asignación de retiro, así como al pago indexado junto con los intereses moratorios de las sumas adeudadas."* [fl. 94]

8.1.1. TESIS DEL DEMANDANTE

El actor tiene derecho a la reliquidación de su asignación de retiro a partir de su reconocimiento tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000. Que igualmente, tiene derecho a la reliquidación de la prima de antigüedad tal como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 que dispone que al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38,5%. Finalmente tiene derecho a la inclusión como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

8.1.2. TESIS DEL DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL

Que el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante se efectúo de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 13.2 y 16 del Decreto 4433 de 2004 y de conformidad con la hoja de servicios militares del actor, de donde se concluye que al demandante se le debe liquidar la asignación de retiro sobre el resultado de la suma del salario básico (salario mínimo incrementado en el 40%) más la prima de antigüedad (38.5%) para aplicar un 70% sobre este resultado y obtener el valor final. En lo que respecta a

---

[1] Folios 82-84.

la prima de navidad no existe fundamento legal para incluirla como partida computable para liquidar la asignación mensual de retiro.

8.1.3. Tesis del Despacho

El señor Armando Rincón Sánchez tiene derecho al reajuste de su asignación de retiro mensual, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%) de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000. Igualmente, tiene derecho al reajuste de la prima de antigüedad tal como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 que dispone que al 70% de la asignación básica se le debe adicionar el 38,5%, de conformidad con las motivaciones expuestas en la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda de fecha 25 de abril de 2019, Radicación: -2013-00237-01 (1701-2016).

Por otro lado, de acuerdo con la regla de unificación 1, 1.1 y 1.2 de la sentencia del 25 de abril de 2019 no es posible acceder a la pretensión encaminada a la inclusión de la prima de navidad como partida computable dentro de la asignación de retiro en la medida en que la misma no está enlistada en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 ni se efectuaron los aportes correspondientes y no se advierte discriminación alguna que pueda afectar el derecho a la igualdad de los soldados profesionales.

9. De la normatividad aplicable.

9.1. Régimen salarial y prestacional de los antiguos soldados voluntarios y de los soldados Profesionales.

La **Ley 131 de 1985**, "*Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario*", instituyó el servicio militar voluntario para aquellos soldados que habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hayan sido aceptados.

> "*Artículo 2º. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.*
>
> *Parágrafo 1º. El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.*
>
> *Parágrafo 2º. La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.*
>
> *Artículo 3º. Las personas a que se refiere el artículo 2º de la presente ley quedarán sujetas a partir de su vinculación como soldados voluntarios al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y a los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta ley.*
>
> *Artículo 4º. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo, la cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, [illegible] Tercera Clase.*

Así las cosas, son soldados voluntarios quienes después de haber terminado el servicio militar obligatorio, manifiesten su deseo de continuar prestando sus servicios por un término no inferior a 12 meses, quedando automáticamente regidos por las normas y reglamentos internos de la Institución y en contraprestación a ello devengarían una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario.

Posteriormente, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000 "Por medio de la cual se revisa al Presidente de la República las facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las Fuerzas Militares [illegible]

expidió el **Decreto 1793 de 2000** *"Por el cual se establece el Régimen de carrera y estatuto [illegible] de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares"*, mediante el cual se introdujo una nueva categorización denominada soldados profesionales y se dispuso que los soldados voluntarios podían ser incorporados a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, a partir del 1° de enero de 2001, respetando la antigüedad en el servicio y el porcentaje de prima de antigüedad que venían percibiendo:

> *"**ARTICULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES.** Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para [illegible] fines, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.*
>
> *(...)*
>
> ***ARTÍCULO 5. SELECCION.** Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.*
>
> *En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal [illegible] del artículo anterior.*
>
> ***PARAGRAFO.** Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, **que expresen su intención** de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados en [illegible] con su antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen" (Negrilla fuera de texto original)*

Con base en lo anterior, quienes antes del 31 de diciembre de 2000, ostentaban la calidad de soldados voluntarios de acuerdo a la Ley 131 de 1985, podían ser incorporados a las Fuerzas Militares en calidad de soldados profesionales, con la condición de haberlo comunicado expresamente, caso en el cual quedarían sujetos a las disposiciones contenidas en el citado decreto 1793 de 2000.

Por su parte, el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, dispuso que el Gobierno Nacional expediría el régimen salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto en la **Ley 4ª de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos** y finalmente, el artículo 42 del Decreto relatado prescribió como ámbito del mismo tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales.

Así las cosas, en desarrollo de la Ley 4 de 1992 y de acuerdo a lo dispuesto en el mentado artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1794 de 2000** *"Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares"*, en cuyo artículo 1 consignó:

> *"ARTÍCULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.*
>
> *Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).*

Ahora bien, el parágrafo del artículo 2 del Decreto 1794 de 2000, dispuso lo siguiente:

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

De acuerdo a lo anterior es claro que el Decreto 1794 de 2000 estableció dos tipos de regímenes salariales para los soldados profesionales:

i) Los soldados profesionales que se vinculaban a partir de la entrada en vigencia de la misma norma (31 de diciembre de 2000) devengarían como ingreso básico un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% y

ii) los soldados que se encontraban en condición de voluntarios de acuerdo con la Ley 131 de 1985 y pasaran a soldados profesionales seguirían devengando el salario previsto inicialmente en el artículo 4° de la Ley 131/85, un salario mínimo legal vigente más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

En conclusión, los soldados que se encontraban vinculados al 31 de diciembre de 2000 según la Ley 131 de 1985, devengan un salario mínimo mensual vigente incrementado en un 60%, lo que se confirma con el parágrafo del artículo segundo del Decreto 1794 de 2000, es decir, se creó un régimen de transición a favor de los que antes se denominaban "soldados voluntarios".

9.2. Liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

El **Decreto 4433 de 2004**, *"Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública"* dispone en su artículo 16 los factores que se deben tener en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, así como la forma en que debe liquidarse dicha prestación en los siguientes términos:

> "..... ***ARTICULO 16. Asignación de retiro para soldados profesionales.*** *Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que alude la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38,5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes"*

Ahora bien, por su parte el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004 respecto al salario establecido para efectuar la liquidación de la asignación de retiro de un soldado profesional, dispone:

> ***"Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares.*** *La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*
>
> *[illegible] Soldados Profesionales:*
>
> *[illegible] salario mensual en los términos del inciso primero del artículo [illegible] del Decreto-ley 1794 de [illegible]*

De artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, se colige que para la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales se tendría en cuenta tanto la asignación básica como la prima de antigüedad, estableciendo como forma de liquidación para determinar el valor de la mesada que debía pagarse por la mencionada prestación, el 70% del salario mensual, adicionándole el 38.5% de la prima de antigüedad.

Ahora, el salario mensual a que hace referencia el mencionado numeral 13.2.1. del artículo 13 del Decreto 4433 es el "Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo [illegible] del Decreto-ley 1794 de 2000", disposición normativa previamente citada, determinándose como

---

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

tal "*un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario*". No obstante, **en Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda**[illegible] estableció como:

> *4.1.* ***Asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales deba liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.*** *Así mismo, hará la labor de realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.*
>
> *4.2. Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:*
> *(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro.*

Ahora bien, en lo que respecta a la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales frente a la Prima de Navidad, debe mencionarse que pese a que el Decreto 4433 de 2004, en su artículo 13, que regula lo correspondiente a las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro, incluye expresamente la duodécima parte de la prestación antes mencionada para el caso de los Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional, no lo hace para los Soldados Profesionales[4].

Sobre este particular trato diferenciado que hace el Decreto 4433 de 2004 entre Oficiales y Suboficiales con Soldados Profesionales, todos pertenecientes al Ejército Nacional, igualmente es necesario traer a colación lo dispuesto por la sentencia de unificación anteriormente referenciada, en la cual se determinó con relación a las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho disímiles en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas y que en efecto las partidas respecto de las cuales cotizan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas

---

[illegible] Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: [illegible] Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: [illegible] (2149-2015) [illegible] Decreto [illegible] 1794 de 2000.

[illegible] Decreto 4433 de 2004, en su artículo 13, que regula lo correspondiente a las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro, incluye expresamente la duodécima parte de la prestación antes mencionada para el caso de los Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional, no lo hace para los Soldados Profesionales:

> 13. Oficiales y Suboficiales:
> [illegible]
> 13.1.5 La Prima de Antigüedad.
> [illegible]
> 13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.
> 13.2 Soldados Profesionales:
> [illegible] Decreto 4433 de 2004 que particularizan expresamente señala los en este artículo, ninguna de las demás primas, [illegible] sueldos [illegible] serán computables para efectos de asignación de retiro, [illegible]

Militares son diferentes a las partidas sobre las que efectúan aportes los soldados profesionales, circunstancias que determinan objetivamente el trato diferente respecto de éstas jerarquías, por lo cual no se presenta un trato discriminatorio entre ellos, es decir, no se afecta el derecho a la igualdad.

En este sentido determinó:

> *147. Igualmente, se observa que tanto en el caso de los soldados profesionales se computan para tener derecho a la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron las cotizaciones, por lo cual tampoco se evidencia que haya como en el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares las partidas que un trato discriminatorio o diferenciado que se aparte de los postulados constitucionales o de los elementos básicos del régimen consagrado en la Ley 923 de 2004. De manera que no hay razón para sostener que se vulnera su derecho a la igualdad, por el hecho de que estas partidas son diferentes a las que se tienen en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.*
>
> *148. En conclusión, en virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno, en uso de sus facultades constitucionales o legales, fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.*

Estableciendo como regla de unificación finalmente lo siguiente:

> *1. En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.*
>
> *En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:*
>
> ***1.1. Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.***
>
> ***1.2. Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes oportes.***

En esa medida, de acuerdo a la comparación efectuada por el Consejo de Estado en la sentencia referida se encuentra que sobre los aportes o cotizaciones que se realizan a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares por los soldados profesionales, los oficiales y suboficiales de la institución el ejecutivo en el Decreto 4433 de 2004, artículos 13 y 17 determinó las partidas computables sin que se advierta que los soldados profesionales efectuaron aportes sobre la Duodécima parte de la Prima de Navidad, tal como se puede advertir en el artículo 13 del mentado Decreto, en tanto que los oficiales y suboficiales si los efectuaron conforme el artículo 17.

Finalmente resulta importante tratar el tema de la obligatoriedad de las sentencias de unificación para lo cual se dirá que la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011 precisó que el carácter vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado se fundamenta en que estas cumplen la función especial y específica de ordenar y unificar el precedente aplicable.

En el mismo sentido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. William Zambrano Cetina, 10 de diciembre de 2013, señaló que en atención al grado de indeterminación de las normas jurídicas y de los múltiples operadores que intervienen en su interpretación, las jurisdicciones cumplen una función de unificación jurisprudencial que le garantiza a la sociedad mayor nivel de certeza respecto de los

comportamientos aceptados dentro de la comunidad" y a los individuos el derecho constitucional a que las decisiones *"se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico"* (seguridad jurídica).

Así las cosas, procederá este estrado judicial a analizar el presente caso atendiendo los lineamientos trazados en la sentencia de unificación enunciada, en atención a su carácter vinculante frente a las decisiones que se deban adoptar en relación con la materia que allí se estudió.

Derechos adquiridos

La Corte Constitucional en sentencia C-192/16, M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, dentro del expediente D-10974, de fecha veinte (20) de abril de dos mil dieciséis (2016), definió el concepto de derechos adquiridos y los diferencia de las meras expectativas en los siguientes términos:

> *"Las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente a pertenecen al patrimonio de una persona."* [...]
>
> *Habrá entonces un derecho adquirido cuando durante la vigencia de la ley, el individuo logra cumplir con todos y cada uno de los requisitos establecidos en ella, lo cual configura la existencia de una determinada posición o relación jurídica.*
>
> *En efecto, si las condiciones fijadas en una ley para la protección de esa posición o relación jurídica se satisfacen en su integridad, se entiende que toma forma un derecho que hace parte del patrimonio de su titular. Dicho de otra manera, "[illegible] cuando [illegible] se cumplen las condiciones establecidas en la norma, el individuo cumple [illegible]"*[12].
>
> (...)
>
> *5.4. La jurisprudencia de la Corte ha diferenciado los derechos adquiridos de las meras expectativas, indicando que estas últimas "[illegible] derecho alguno, por no haberse consolidado, pueden ser regulados por otra legislación, [illegible]"*[13]. *Las meras expectativas se predican en consecuencia de la situación en que se encuentran las personas que no han cumplido las condiciones previstas en la ley para la consolidación de una determinada posición o relación y por lo tanto no la han incorporado a su patrimonio.*
>
> *5.5. La importancia de la distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas guarda además relación con las competencias radicadas en las diferentes autoridades para regular o intervenir en el ejercicio del derecho de propiedad y de los derechos adquiridos.*
>
> *Así, en el caso de los derechos adquiridos, la Carta señala expresamente que ellos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por normas expedidas con posterioridad al cumplimiento de las condiciones para su surgimiento, de manera que, se trata de posiciones y relaciones jurídicas especialmente protegidas. Ello no se opone, como quedó dicho, a que en los casos en los cuales los derechos de los particulares colisionen con motivos de utilidad pública o interés social se establezcan restricciones, cargas o modificaciones a su ejercicio o, incluso, se disponga la expropiación de la propiedad.*
>
> *Sin embargo, cuando se trata de meras expectativas las autoridades competentes disponen de una competencia más amplia que les permite afectar las situaciones en curso. Ello es así dado que las meras expectativas, si bien pueden ser objeto de amparo en algunos eventos, no se encuentran comprendidas por el ámbito de protección del artículo 58 de la Carta. Aunque, en eventos excepcionales y por mandato del artículo 83 pueden imponer a las autoridades deberes de regulación especial a fin de preservar las exigencias de justicia y equidad".*

De otra parte en providencia del Tribunal Administrativo de Boyacá Sala de Decisión No. 4 del 25 de junio de los corrientes M.P. Javier Humberto Pereira Jáuregui, dentro del expediente 2014-00204-01, dispuso respecto de los derechos adquiridos:

> *"Cuando se trata de salarios y prestaciones sociales, existe además el principio de progresividad, según el cual, debe haber un mejoramiento progresivo y no una disminución real o nominal de los salarios y prestaciones, en concordancia con lo previsto en el artículo 53 de la Carta, el cual, para proteger los derechos del trabajador, dispuso que el Congreso de la República debía expedir un*

estatuto que contuviera entre otros los siguientes principios fundamentales: i) Igualdad de oportunidades para los trabajadores; ii) remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, iii) Estabilidad en el empleo; iv) Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; v) Facultades para transigir y conciliar sobre los derechos inciertos y discutibles; vi) Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; vii) Primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; viii) Garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; ix) Protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad; y x) El derecho al Pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

De igual forma la Carta estipuló que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, adicionalmente, a la luz de los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados".

9. De lo efectivamente probado en el presente asunto.

Dentro del expediente se encuentran debidamente probados los siguientes hechos respecto de la **pretensión primera** consistente en la reliquidación de la asignación de retiro del actor tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60%, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000.

El señor Armando Rincón Sánchez prestó servicio militar obligatorio en el Ejército Nacional como soldado regular desde el **23 de noviembre de 1994** hasta el **17 de mayo de 1996**; una vez terminado el período reglamentario fue aceptado como soldado voluntario a partir del **15 de enero de 1998** y a partir del **01 de noviembre de 2003**, el demandante fue promovido como soldado profesional (fl. 8).

Mediante resolución No. **1178 del 21 de febrero de 2017** la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al soldado profesional (R) del Ejército ARMANDO RINCÓN SÁNCHEZ (fls. 9-10).

De conformidad con la hoja de servicios obrante a folio 8 el demandante estuvo vinculado como soldado profesional hasta el **30 de marzo de 2017** (fecha en la que se cumplieron los tres meses de alta)

A través de derecho de petición de fecha **21 de abril de 2017** la parte demandante solicitó al director general de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro con base en el artículo primero inciso segundo del Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000 año por año, la reliquidación de la prima de antigüedad y la inclusión de la prima de navidad así como el pago efectivo e indexado de los dineros que resultaran (fls. 2-3)

Con respuesta de fecha 09 de mayo de 2017, el Subdirector Administrativo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, profirió el oficio **No. 2017-23503** resolviendo de manera desfavorable la solicitud presentada por el actor el **21 de abril de 2017** con el argumento que el régimen prestacional de las Fuerzas Militares para los soldados e infantes de marina profesionales que pasan al retiro, no ha sido modificado ni derogado y que continuará dando aplicación estricta a lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004, que por ahora la prima de antigüedad se encuentra correctamente calculada y la prima de navidad no sería incluida como partida computable y en lo que respecta a la reliquidación del 20% explicó que carecía de petición por competencia la solicitud sin indicar a que entidad le correspondía (fls. 5-6).

En audiencia inicial celebrada el 19 de diciembre de 2018, la apoderada de la entidad demandada aportó copia de la **Resolución No. 1792 del 18 de enero de 2018**, a través de la cual se ordenó el incremento de la partida del sueldo básico en un 20%, ordenó la asignación de retiro de Soldado Profesional (R) Armando Rincón Sánchez y tarjeta de liquidación titulares, con fecha del 05 de enero de 2018, correspondiente al periodo de novedad 30 de marzo al 31 de diciembre de 2017 a través del cual se informa que por concepto de las diferencia entre el 40% pagada y el 60% que se debe pagar al demandante

un **valor neto de $1.783.319, por el TIPO DE NOVEDAD: INCREMENTO DEL 20% SUELDO BÁSICO** (fls. 102 - 105 y vto.)

Dicha documental fue puesta en conocimiento de la apoderada de la parte demandante, quien manifestó que no tenía conocimiento de si los valores expresados en la resolución habían sido pagados, pero que sí existía un comprobante de nómina posiblemente dichos valores habían sido cancelados y esto no le había sido comunicado, sin embargo expresó su interés de continuar con el litigio por cuanto consideró dichos valores como un abono a lo que pretendían dentro del proceso (DVD fl. 108).

A folio 125, obra certificación suscrita por el Grupo de Nomina, Embargos y Acreedores en la cual informa que la **Resolución No. 1792 del 18 de enero de 2018, fue aplicada en la nómina del mes de septiembre de 2018**, en la asignación de retiro del demandante y se liquidaron los dineros de acuerdo a lo dicho en ese acto administrativo y relacionó el siguiente cuadro explicativo:

DESCRIPCIÓN	%	VALOR
SUELDO BASICO ($MLVx60%) AÑO 2019 % LIQUIDACIÓN	[illegible]	[illegible]
PRIMA DE ANTIGÜEDAD ($9.27.490'38 5%) MAS SUBSIDIO FAMILIAR (D. 1162/2014 (30%X SF EN ACTIVO))	[illegible]	[illegible]
		[illegible]
		[illegible]
TOTAL ASIGNACION DE RETIRO		$[illegible]533.009,00

Finalmente obra comprobante de nómina correspondiente al mes de septiembre de 2018, en el cual se informa acerca de la existencia de un retroactivo a diciembre de 2017, correspondiente al **incremento del 20% del salario básico por valor de $1.782.970,00** (fl. 139)

Así las cosas, se evidencia que el señor Armando Rincón Sánchez, ingresó al Ejército Nacional a prestar el servicio militar desde el **23 de noviembre de 1994**, posteriormente como soldado voluntario desde el **15 de enero de 1998**, que al **31 de octubre de 2003** ostentaba este mismo cargo y que se le incorporó como soldado profesional según OAP-EJC 1175 del 20 de octubre de 2003, **desde el 1° de noviembre de 2003 hasta el 30 de marzo de 2017** (fecha en la que se cumplieron los tres meses de alta) (fl. 8)

Por lo tanto, pese a que su incorporación como soldado profesional trajo consigo el reconocimiento de las prestaciones sociales que para este cargo fueron contemplados por el Decreto 1794 de 2000, lo cierto es que, en lo que respecta al salario básico mensual, la norma exceptuó a quienes **al 31 de diciembre de 2000** se encontraban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, pues si se convirtieron posteriormente en soldados profesionales, para ellos se dispuso el pago de un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), supuesto normativo que le es aplicable al accionante.

Aunado a lo anterior, de acuerdo con la resolución No. **1178 del 21 de febrero de 2017**, por la cual se reconoce la asignación de retiro del actor, se evidencia que esta fue liquidada en cuantía del 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del **inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000**), es decir, al señor Armando Rincón Sánchez le figura liquidada **su asignación de retiro** con un sueldo básico incrementado en un 40% en virtud del inciso 1 del artículo 1 del Decreto No. 1794 de 2000 (fls. 9-10) y no como lo dispuso el inciso segundo del artículo 1 de ese mismo Decreto referente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), pues a 31 de diciembre de 2000 se encontraba como soldado voluntario bajo los postulados de la Ley 131 de 1985.

De ahí, que habiéndose vinculado el demandante como soldado voluntario el **1 de noviembre de 1987** en virtud de esa ley y a partir del **1 de noviembre de 2003** como soldado profesional, fuerza concluir que el actor se encuentra cobijado por el **inciso segundo del artículo 1** del Decreto 1794 de 2000 y en consecuencia, debía obtener como salario básico un (1) salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo, situación que cabe decir no trasgrede el principio de inescindibilidad normativa a la luz del

pronunciamiento del H. Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019.

Sin embargo, debe el despacho pronunciarse frente a la documental aportada en audiencia inicial de 19 de diciembre de 2018, es decir la **Resolución No. 1792 del 12 de enero de 2018**, la cual ordena el incremento de la partida del sueldo básico en un 20% dentro de la asignación de retiro del demandante (vto. 102 104), y conforme a la cual se incluyó en nómina de septiembre de 2018 (fls. 125 y 139).

Así las cosas se tiene que en el presente asunto se realizó el cálculo del retroactivo correspondiente al incremento del 20% del salario básico que venía devengando el demandante por un valor de $1.782.970, valor que fue reconocido al demandante de conformidad con la documental a folio 139, así mismo de la constancia suscrita por la Coordinadora Grupo de Embargos y Acreedores, se observa que para el salario de 2019 ya se encuentra el aumento del 60%, dentro del cálculo de la asignación de retiro del demandante, por lo tanto es claro que el señor Armando Rincón Sánchez, se encuentra percibiendo actualmente y recibió el pago por concepto de dicho aumento, no obstante lo anterior no puede el despacho mantener en el ordenamiento jurídico un acto administrativo que supuso consecuencias adversas para el accionante, el cual se encuentra viciado de nulidad por cuanto negó el aumento del 60% la asignación básica del demandante, en su momento.

En consecuencia, en criterio de este despacho el acto acusado contenido en el oficio No. **2017-23503** de 09 de mayo de 2017 proferido por el Subdirector Administrativo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a través del cual se **negó el reajuste de la asignación de retiro del actor** (con base en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60%), **está viciado de nulidad** como quiera que al accionante le asistía el derecho de percibir el reajuste de su salario en un 20% representado por la diferencia entre el monto reconocido (salario mínimo incrementado en 40%) por aquel que debía devengar conforme el art. 1 inciso 2 del Decreto 1794 de 2000 – aumento del 60%- pues se acreditó en el proceso que el demandante inició su vinculación en el Ejército Nacional prestando el servicio militar obligatorio, posteriormente, ingresó como soldado voluntario y finalmente fue incorporado como profesional, cumpliendo entonces el requisito señalado en esa norma.

No obstante tal como se señaló en párrafos atrás el demandante al **encontrarse percibiendo el incremento del 60%** (fl. 125) en su asignación básica, ya materializó el incremento que pretendía dentro del presente proceso, por lo tanto **<u>no se ordenará el restablecimiento del derecho consistente en el reajuste de la asignación de retiro del actor, conforme al incremento realizado en virtud de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000</u> en concordancia con la Ley 131 de 1985 , en el entendido de aumentar el salario mensual del demandante en un veinte por ciento del salario (20%).**

Ahora bien respecto de la **pretensión segunda** consistente en que se ordene a la accionada la liquidación de la asignación de retiro de manera correcta tal como lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004 el Despacho procederá al análisis de la forma en que sigue:

Se acreditó en el expediente que el actor el **21 de abril de 2017** mediante solicitud dirigida al Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitó la correcta liquidación de la asignación de retiro de la prima de antigüedad de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004 (fls. 2-6)

Igualmente se observa respuesta dada por el Subdirector de Administrativo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de fecha **09 de mayo de 2017** por medio de la cual da respuesta desfavorable a la solicitud presentada por la parte actora (fls. 5-6)

De conformidad a la hoja de servicios vista a folio 8, el señor Armando Rincón Sánchez estuvo vinculado al Ejército Nacional desde el **23 de noviembre de 1994** como soldado regular hasta el **17 de mayo de 1996**; inició como soldado voluntario el **15 de enero de 1998** hasta el **31 de octubre de 2003** y a partir de esta última fecha, continuó como soldado profesional hasta el 30 de marzo de 2017 fecha en la que se cumplieron los tres meses de alta con un total de

tiempo prestado de 20 años, 7 meses y 22 días.

Con base en lo anterior, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante resolución **No. 1178 del 21 de febrero de 2017,** reconoció al señor Armando Rincón Sánchez asignación de retiro a partir del **30 de marzo de 2017** al observar en la hoja de servicios que su tiempo era de 20 años, 7 meses y 22 días, tal y como se señala en el acto administrativo (fls. 9-10).

En la mencionada resolución se observa que para dicho reconocimiento la entidad aplicó el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, de la siguiente manera:

> "En cuantía del 70% del salario mens. n (decreto 2209 del 30 de diciembre de 2004) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000)"
>
> ***-Adicionado con treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad"*** *(Negrilla fuera de texto original)* (vto. 9)

Ahora bien, revisado el certificado de partidas computables expedido por CREMIL de fecha 25 de octubre de 2017 visible a folio 11, se observa que al efectuar la liquidación de la asignación de retiro del señor Armando Rincón Sánchez procedió de la siguiente manera: se calculó el 70% del salario básico y a ese resultado le multiplico el 38.5% de la prima de antigüedad.

Vale la pena recordar que la inconformidad de la parte actora con la interpretación dada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, radica en que a su juicio el valor de la prima de antigüedad no debe sumarse con el salario mensual, sino al resultado obtenido de sacar el 70% de dicho salario, es decir, tomar el 70% del salario mensual y sumarle el 38,5 de la prima de antigüedad.

En ese orden de ideas, una vez analizada la norma y la certificacion de la partida computable considera este estrado judicial que le asiste razón al demandante, pues el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, claramente establece que la asignación mensual de retiro equivale al 70% de salario mensual indicado en el numeral 13.2.1.de la misma norma, "*adicionado*" con un 38.5% de la prima de antigüedad, y no como lo interpretó la entidad, de donde entonces resulta evidente que se le causó una afectación a los derechos del señor Armando Rincón Sanchez, calculo que además fue clarificado por el Consejo de Estado en Sentencia del 25 de abril de 2019, en la regla No. 5.

En consecuencia, deberá declararse la **nulidad del oficio No. 2017-23503 de 09 de mayo de 2017** el cual atendió de manera desfavorable la petición radicada por el actor por medio del cual solicitó la liquidación de la asignación de retiro de forma correcta como lo estipula el artículo 16 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004.

Consecuencialmente al anterior, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares realizará el reajuste de la asignación de retiro del señor Armando Rincón Sánchez, atendiendo el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir a la asignación básica deberá sacar el 70% y al guarismo que arroje deberá adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad pero sobre el 100% de la asignación básica, es decir deberá darse aplicación a la fórmula establecida por el Consejo de Estado en sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019:

(salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro

Prima de antigüedad

Finalmente frente a la inclusión de la duodécima parte **de la prima de navidad**, este despacho encuentra que **no es viable acceder a la misma** de acuerdo con la regla de unificación 1.1 y 1.2 de la sentencia del 25 de abril de 2019, en la medida a que la misma no esta enlistada en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, ni se efectuaron los aportes correspondientes pues el mencionado decreto sólo lo dispone para los oficiales y suboficiales, teniendo en cuenta que de acuerdo a la sentencia del Alto Tribunal no se advierte discriminación alguna que pueda afectar el derecho a la igualdad de los soldados

profesionales, en razón a que la diferenciación acude a un criterio objetivo de jerarquía en las fuerzas militares y a las funciones a cada uno asignadas siendo en los oficiales y suboficiales en quienes recaen las mayores responsabilidades de dirección en la toma de decisiones las cuales pueden tener grandes implicaciones para la sobrevivencia de los soldados profesionales.

Por consiguiente se declarara la prosperidad de la excepción propuesta por la apoderada de la parte demandada consistente en la: *"inexistencia de fundamento para incluir y tasar como partida computable la duodécima de la prima de navidad, en la asignación de retiro del soldado profesional"*

Igualmente se concluye, con base en lo expuesto, que la excepcione formulada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares denominada: *"En cuanto al reajuste solicitado con el SMLMV mas el 70% de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 prima de antigüedad"* no está llamada a prosperar.

10. De la Prescripción.

Ahora, procede el Despacho a pronunciarse frente a la *"prescripción"* toda vez que prosperaron las pretensiones de la demanda lo cual se hará de la forma que sigue:

El Decreto 1794 de 2000 que fijó el régimen salarial y prestacional del soldados profesionales no se refirió al término de prescripción de los derechos reconocidos por el decreto, razón por la cual, el Despacho aplicará el termino **prescriptivo cuatrienal** señalado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 *"Por el cual se reforma el Estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares"*, norma que establece lo siguiente:

> *"ARTICULO 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto, prescriben en cuatro (4) años que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles.*
>
> *El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción pero sólo por un lapso igual. El derecho de cobro de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarlo a la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares".*

En cuanto a la no aplicación del término trienal prescriptivo establecido en el Decreto 4433 de 2004, el Despacho dirá que acoge los pronunciamientos del Consejo de Estado frente a la aplicación del término cuatrienal de prescripción, en el sentido que si bien el Decreto 4433 de 2004 estableció un nuevo término prescriptivo de tres (3) años, se debe continuar aplicando el término de prescripción de cuatro (4) años previsto en Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, en cuanto se consideró que en el citado Decreto 4433 el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma, fijando un nuevo término prescriptivo.

Así las cosas, debe decirse que en el sub examine **no se configura el fenómeno prescriptivo**, por cuanto la prestación que nos ocupa le fue reconocida al demandante el 21 de febrero de 2017, con efectos a partir del 30 de marzo de la misma anualidad (fls. 9-10) elevó petición para reajuste de su asignación de retiro con aumento del 20% de su asignación básica y también por la partida prima de antigüedad y la inclusión de la prima de navidad como partida computable el 21 de abril de 2017 (fls. 2-4), por tanto no transcurrieron cada el demandante los cuatro años de que trata la norma.

En consecuencia en **primer lugar** y tal como se advirtió en el análisis correspondiente, se ordenará restablecimiento del derecho respecto del aumento de la asignación de retiro, en tanto el demandante ya se encuentra devengando el aumento solicitado y percibiendo el

---

[illegible] Sentencia [illegible] del Consejo de Estado del [illegible] de febrero de 2007 [illegible] Víctor Julio [illegible] Mendoza.

De igual [illegible] con sentencia de 5 de noviembre de [illegible] del Tribunal Administrativo de [illegible] Radicado [illegible] 2015-00[illegible] [illegible] Fredino Ceballos Guzmán con ponencia de quien [illegible] Oscar [illegible] Gramajo [illegible] [illegible] Fuerzas Militares [illegible] [illegible]

retroactivo correspondiente, en **segundo lugar** y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reajuste de la asignación de retiro del señor ARMANDO RINCÓN SÁNCHEZ, desde el **30 de marzo de 2017**, con la correcta interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir a la asignación básica deberá sacar el 70% y al guarismo que arroje deberá adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad **pero sobre el 100% de la asignación básica**, es decir deberá darse aplicación a la fórmula establecida por el Consejo de Estado en sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019:

(salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro

Prima de antigüedad

Las sumas que resulten en favor de la parte actora, se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula, establecida por el Consejo de Estado:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$ [6]

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada reajuste pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el inciso tercero y quinto del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia condenatoria.

Así mismo, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** deberá dar cumplimiento al presente fallo dentro del término contemplado en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

11. Costas

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

> "***ART. 188. Condena en costas.*** *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*"

No obstante, de conformidad con lo establecido en el numeral 5° del artículo 365 del Código General del Proceso, se tiene que, en caso de que prosperen parcialmente las pretensiones de la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas a la parte vencida.

Así las cosas, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el Despacho que si bien se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, la demanda prosperó en forma parcial, razón por la que en el presente asunto el **Juzgado se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, con fundamento en la norma citada.**

Contra la presente providencia proceden los recursos de Ley.

Por lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO.- DECLARAR PROBADA la excepción de "**INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO PARA INCLUIR Y LIQUIDAR COMO PARTIDA COMPUTABLE LA DUODÉCIMA DE LA PRIMA DE NAVIDAD, EN LA ASIGNACIÓN**

---

[6] En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor correspondiente a la diferencia producto del reajuste salarial, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

DE RETIRO DEL SOLDADO PROFESIONAL" propuesta por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL-, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE "EN CUANTO AL REAJUSTE SOLICITADO CON EL SMLMV MAS EL 70% DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433 DE 2004 (PRIMA DE ANTIGÜEDAD)" propuesta por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO.- DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, estudiada de oficio de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO.- DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL del acto demandado contenido en el oficio **No. 2017-23503 del 09 de mayo de 2017**, mediante el cual el Subdirector Administrativo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares resolvió de manera desfavorable las solicitudes del actor consistentes en el reajuste de la asignación de retiro tomando como base de liquidación la asignación establecida en el artículo 1 inciso segundo del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario), la correcta liquidación de la prima de antigüedad establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y la inclusión de la doceava (1/12) parte de la prima de navidad como partida computable dentro de la asignación de retiro.

QUINTO.- Abstenerse de condenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a título de restablecimiento del derecho, a reajustar la asignación básica mensual de retiro del señor **ARMANDO RINCÓN SÁNCHEZ**, identificado con C.C. No. 74.321.429 de Socha, conforme al artículo 1 inciso segundo del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario), por lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO.- CONDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a título de restablecimiento del derecho, a reliquidar la prima de antigüedad del señor **ARMANDO RINCÓN SÁNCHEZ**, identificado con C.C. No. 74.321.429 de Socha, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, aplicando la fórmula:

(salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro

Prima de antigüedad

De conformidad con lo establecido en el inciso segundo de artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 a partir del 30 de marzo de 2017, con efectos fiscales desde la misma fecha, por lo expuesto en la parte motiva.

SÉPTIMO.- CONDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a título de restablecimiento del derecho a pagar al señor **ARMANDO RINCÓN SÁNCHEZ**, las mesadas a que tenga derecho por el reajuste de la asignación de retiro, a partir del **30 de marzo de 2017**, cifras que serán indexadas mes a mes con fundamento en lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aplicando para ello la fórmula en matemática financiera acogida por el Consejo de Estado y referida en la parte motiva de esta sentencia.

OCTAVO.- NO CONDENAR en costas a la parte demandada conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

NOVENO.- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192, 194 y 195 del CPACA y reconocerá intereses en la forma prevista en el artículo 192 ibidem.

DÉCIMO.- Sobre las diferencias que se ordena reconocer y pagar a favor del demandante, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares deberá efectuar los descuentos de ley que correspondan.

DÉCIMO PRIMERO.- En firme por Secretaría archívese el proceso. Déjese las constancias respectivas.

Notifíquese y Cúmplase

EDITH MILENA RATIVA GARCIA
Juez

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

La anterior sentencia se notificó por estado Nº 10 de Hoy 09 de marzo de 2020, siendo las 8:00 A.M.

SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

SENTENCIA No. 11 de 2020

Tunja, seis (06) de marzo de dos mil veinte (2020)

Medio de Control:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicación No:	**15001 3333 012 – 2018 – 00165 – 00**
Demandante:	**VIRGINIA CORONADO DE MORENO**
Demandado:	**NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y SECRETARIA DE EDUCACION DE BOYACÁ.**

Procede esta instancia a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesto por la señora **VIRGINIA CORONADO DE MORENO**, en contra de la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ.**

I. ANTECEDENTES

1. Objeto de la acción.

Mediante apoderado judicial, la señora **VIRGINIA CORONADO DE MORENO**, solicitó se declare la existencia del silencio administrativo negativo, por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en relación con la solicitud radicada el 24 de agosto del 2016, mediante la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la Ley 224 de 1995 y Ley 1071 del 2006, así como la nulidad de ese acto ficto o presunto negativo.

A título de restablecimiento del derecho solicita se se ordene que la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ y FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO reconozca y pague a la demandante, la indemnización moratoria, por el pago tardío de las cesantías definitivas, que fueron reconocidas mediante Resolución 003020 del 3 de mayo del 2014, a razón de un día de salario por cada día de retardo, desde el día 11 de junio del 2014 hasta el día 25 de julio del 2014 tal como costa en el recibo de la entidad bancaria y de conformidad con la Ley 1071 de 2006. Así como que se ordene a las entidades demandadas a que den cumplimiento a lo dispuesto en el fallo, dentro del término señalado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.; y que sobre las sumas de dinero adeudadas se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, o al por mayor, como lo autoriza el artículo 187 del C.P.A.C.A; al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, conforme al artículo 192 del C.P.A.C.A. y que se condene en constas y agencias en derecho a las entidades demandadas.

2. Hechos que dan lugar a la acción.

Teniendo en cuenta la fijación del litigio realizada dentro de la audiencia inicial llevada a cabo el 06 de junio de 2019 obrante a folios 148 a 154, los hechos son los siguientes:

La señora VIRGINIA CORONADO DE MORENO, presto sus servicios como docente de la Institución Técnica Miraflores sede La Rusa en el municipio de Miraflores del departamento de Boyacá, y mediante petición radicada con el número 2014-CES-

006032 del 5 de marzo del 2014 solicitó el reconocimiento, pago y liquidación de sus cesantías definitivas; las cuales le fueron reconocidas mediante resolución No. 03020 del 3 de mayo del 2014 expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. por la suma de **TREINTA Y CUATRO MILLONES OCHO MIL DOSCIENTOS VEINTE UN** PESO M/CTE ($34.008.221.00), suma de dinero que fue pagada a la demandante el 25 de julio del 2013.

Refirió que su poderdante solicitó reconocimiento y pago de la sanción moratoria, mediante radicado número 2016-PQR-39821 del 24 de agosto de 2016, y que a la fecha no se ha recibido respuesta por parte de la entidad demandada.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

De conformidad con los hechos narrados, considera el apoderado de la parte demandante que se vulneraron las siguientes normas:

CONSTITUCIONALES: 1, 2, 6, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 53, 58, 228 y 336.

LEGALES: Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Consideró que las autoridades están obligadas a adelantar sus actuaciones dentro de los términos establecidos en la Constitución y la Ley, por lo que al no haber cumplido los términos de la Ley 224 de 1995, nace el derecho para el administrado al reconocimiento y pago de la indemnización allí contemplada.

Igualmente indicó que los artículos 2 y 5 de la Constitución Política, fueron desconocidos por la entidad demandada al no pagar oportunamente los salarios y prestaciones sociales a la demandante, así como al negar la indemnización moratoria reclamada.

Resaltó que la Constitución establece como principio mínimo laboral, el mantener los salarios y prestaciones, sin que puedan ser afectados, por lo que el proceder ilegal de la administración está trasgrediendo el artículo 53 de la Constitución, al no garantizar el pago oportuno de las cesantías definitivas a la demandante, incurriendo en mora en su pago y negándose a pagar la respectiva indemnización por la mora.

Así mismo transcribió apartes de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, y de sentencias del Consejo de Estado, para concluir que la indemnización por falta de pago oportuno de cesantías se genera ante el incumplimiento del término de 45 días contados a partir del momento en que se encuentre en firme el acto administrativo que la reconozca.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. DEPARTAMENTO DE BOYACA-SECRETARIA DE EDUCACION- (fls. 50-55)

A través de apoderado el ente territorial se opuso de plano a las solicitudes tanto declarativas como de condena, por carencia de fundamentación jurídica y probatoria, al tiempo que sostuvo que la Ley 91 de 1989 se 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 cuyos recursos serían anejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tuviera más del 90% del capital.

Agregó que el artículo 4° ibídem, dispuso que dicho Fondo atendería las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de la ley 91 de 1989, quienes serías automáticamente afiliados.

Señaló que de conformidad con el numeral 5° del artículo 2° de la norma en comento, las prestaciones sociales objeto de la demanda, se causaron con posterioridad a la expedición

de la ley 91 de 1989, por lo que son de cargo de la Nación y deberán ser pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que no hace parte de la Secretaría de Educación de Boyacá ni del Departamento; motivo por el cual el ente territorial no debe hacer parte dentro del presente.

Indicó que el actor solicita la declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo, originado en la falta de respuesta a la solicitud radicada ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional — Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Secretaría de Educación de Boyacá) el **24 de agosto de 2016**, frente a lo cual se opone, por cuanto no se le puede ordenar lo imposible, como sería proceder al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, toda vez que dicha Secretaría dentro del término legal, de manera oportuna y diligente remitió al Fondo Nacional de Prestaciones la resolución debidamente notificada y en firme para el pago a través de la Fiduciaria la Previsora, reiterando que la entidad que representa no es la encargada de reconocer y menos pagar, caso contrario, es al Fondo al que le corresponde efectuarlo a través de la Fiduciaria la Previsora S.A.

De las excepciones propuestas:

2.1.1. Falta de Legitimación en la causa por pasiva

Afirmó el apoderado que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyos recursos serían manejados por una entidad fiduciaria; que las prestaciones sociales que debe pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deben ser reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional.

Agregó que Secretaría de Educación de Boyacá cumple, por disposición legal, funciones que, en principio son propias del Ministerio de Educación Nacional, pero que, se depositan en aquellas como una estrategia de regionalización, de manera que la defensa de la legalidad de los reconocimientos y demás decisiones relacionadas con los recursos del Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio, es una atributo del órgano central competente y no de la entidad local, pues se delega en la entidad territorial la facultad de elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, pero no la responsabilidad del reconocimiento como tal.

Reiteró que el reconocimiento está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya representación se encuentra en cabeza del Ministerio de Educación Nacional, al tiempo que aclara que no tuvo ninguna injerencia en la consolidación del acto administrativo cuya nulidad y restablecimiento se demanda, por lo que no se le puede imputar ninguna responsabilidad.

Refirió que según jurisprudencia del Consejo de Estado, la legitimación en la causa puede ser de hecho o material, entendiendo por la primera aquella relación que se establece entre las partes por razón de la pretensión procesal, es decir, de la atribución de una conducta que la demandante hace al demandado en su demanda, mientras que la segunda, corresponde a la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independiente de que dichas personas lo hayan demandado o que hayan sido demandadas.

Citó el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 para reiterar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se causa por la no consignación oportuna de las mismas.

2.2. NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (fls. 112-120)

Indicó que en virtud de la descentralización del sector educativo plasmado en la Constitución Política, desarrollada en la Ley 60 de 1993 y posteriormente la Ley 715 de 2001, mediante las cuales trasladan la facultad de la administración de los recursos a las entidades del orden territorial. El Ministerio de Educación perdió la facultad de ente nominador en materia educativa.

Por lo que los municipios, departamentos, y distritos certificados reciben todos los recursos del sector educativo y tienen la responsabilidad de la administración de los mismos. De igual forma la Ley 115 de 1994, radicó en cabeza de los entes territoriales la administración de las instituciones educativas y del personal docente y administrativo de los planteles educativos.

Refirió que mediante Decreto 2831 de 2005, se trasladó la función de reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes en cabeza del Ministerio de Educacion a las entidades territoriales, razón por la que la entidad del orden central carece de competencia y legitimidad para realizar tales funciones.

Afirmó que de conformidad con lo establecido en las leyes 60 de 1993 y 715 de 2011, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, patrimonio autónomo, sin personería jurídica, con independencia contable y financiera, cuyo órgano máximo de administración es el Consejo Directivo quien determina las políticas de administración y Dirección del mismo, establece prioridades de atención a las prestaciones a través de acuerdos para el pago de las prestaciones sociales.

Refirió que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, faculta al Ministerio de Educación Nacional para celebrar un contrato de fiducia con una sociedad de economía mixta cuyo objeto es la administración del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual fue celebrado con fiduciaria La Previsora S.A., contenido en la Escritura Pública No. 0083 del 31 de junio de 1990 de la Notaria 44. Por lo que es la Fiduciaria la Previsora S.A. quien debe responder por el pago de las prestaciones sociales delos decentes afiliados del FONPREMAG.

Señaló que la Ley 91 de 1989, constituye el régimen legal especial de los docentes en el artículo 15 reguló todo lo relacionado con pensiones, cesantías y vacaciones y el numeral 3 señalo el régimen de cesantías dependiendo de la fecha de vinculación del docente, en el literal A. el régimen de cesantías retroactivas, para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989.

De las excepciones propuestas:

2.2.1. Vinculación del Litisconsorte

El apoderado de la entidad, solicitó la vinculación de la Fiduciaria la Previsora S.A. y de la Secretaria de Educación de Boyacá, la primera, por ser la administradora de los recursos y vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y a la segunda, por ser la responsable de la administración del personal docente y proferir el acto demandado.

2.2.2. Falta de Legitimación en la causa por pasiva

Adujo el apoderado que el Ministerio de Educación no expidió los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones sociales y que estos fueron expedidos por la Secretaria

de Educación respectiva, en uso de las facultades conferidas por el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005.

Sostuvo que la ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, sin personería Jurídica consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos están destinados a pagar las prestaciones que los entes territoriales reconozcan a su planta de docentes a través de las secretarías de educación, y cuya realización del pago está a cargo de la fiduciaria La previsora S.A., como administradora del patrimonio autónomo, por lo tanto, no puede imputársele a la Nación -- Ministerio de Educación responsabilidad relacionada con el reconocimiento de la prestación y el pago de la misma.

Así mismo indicó que en virtud de la ley 60 de 1993 y posteriormente de la ley 715 de 2001, se estableció la descentralización del sector educativo, que por ello la entidad perdió la facultad de ser nominador de los docentes y fue trasladada a los entes territoriales.

Sostuvo que dentro de sus funciones y competencias no se encuentra el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y menos aún de la administración de los recursos destinados para tales fines; que el Ministerio no puede tomar decisiones propias ya que estas son tomadas por el Consejo Directivo en pleno.

Finalmente, reiteró que no intervino en gestión alguna respecto del trámite de solicitud de la prestación ni es un ente pagador de recursos el fondo.

2.2.3. Prescripción

Afirmó que en virtud del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, los derechos laborales prescriben en el término de tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, razón por la cual solicitó que en el evento de prosperar las pretensiones, se declare la prescripción de las mesadas causadas en los últimos 3 años.

2.2.4. Genérica

Solicitó reconocer oficiosamente, las que resulten demostradas en el proceso, en aplicación del artículo 282 del C.G.P.

III. TRASLADO DE EXCEPCIONES

Dentro del término legal se corrió traslado de las excepciones propuestas por la Nación – Ministerio de Educación -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación (fl. 130), frente a las cuales el apoderado de la parte actora guardó silencio.

IV. AUDIENCIA INICIAL

Mediante auto del 21 de marzo de 2019 (fl.134) se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 180 del CPACA.

Dicha diligencia se llevó a cabo el día señalado (fls. 148-154) y se desarrolló dentro de los parámetros consagrados en dicho artículo, saneando el proceso, pronunciándose sobre las excepciones propuestas y fijando además el litigio en torno a los hechos y pretensiones.

Una vez las partes manifestaron su acuerdo en la fijación del litigio, se prosiguió a agotar la etapa de conciliación y a decretar las pruebas de las partes y de oficio.

V. AUDIENCIA DE PRUEBAS

De conformidad con lo previsto en el artículo 181 del CPACA, se practicó una audiencia de pruebas en la cual se recaudó la totalidad de las mismas, las cuales habían sido decretadas en audiencia inicial, diligencia que fue realizada el 15 de octubre de 2019, igualmente, en esta se consideró innecesario llevar a cabo audiencia de alegaciones y juzgamiento, motivo por el cual se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez días siguientes a la realización de la misma (fls.173 -174).

VI. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. PARTE DEMANDANTE (fls. 189-190)

El apoderado de la demandante indicó que es procedente un fallo favorable en la medida que las pretensiones de la demanda cumplen con los enunciados legales y jurisprudenciales que han resuelto el desarrollo de las peticiones de pago de cesantías parciales y totales, así como han resuelto la sanción por el no pago de las mismas. Situación que como se evidencia con la demandante es necesario el reconocimiento y pago de la sanción por pago tardío de las mismas.

2. NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (fls. 191-193)

El apoderado solicitó se nieguen las pretensiones, por cuanto los actos enjuiciados están amparados por una presunción de legalidad la cual debe ser desvirtuada por quien pretenda desconocerla conforme al régimen probatorio colombiano.

Citó una providencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, para concluir que para el pago de las cesantías a los docentes afiliados al fondo, se debe acudir al régimen legal especial ley 91de 1989 y Decreto 2831 de 2005 y que no puede hacerse extensiva una sanción establecida en normas generales como la ley 50 de 1990, ley 344 de 1996, ley 244 de 1995 y 1071 de 2006, ya que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el único habilitado para la liquidación de pago de auxilio de las cesantías y debe ceñirse a un procedimiento especial establecido en la ley que difiere sustancialmente con el procedimiento establecido en las leyes generales antes descritas.

Agregó que en el procedimiento para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías parciales o definitivas de los docentes, intervienen las entidades territoriales-Secretarías de Educación certificadas-, al igual que la Fiduprevisora S.A, como vocera y administradora del Fondo-Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Indicó que aunque los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas sean expedidos por las Secretarías de Educación, ello no implica que el pago se deba hacer de manera inmediata pues esto se encuentra condicionado al turno y disponibilidad presupuestal, atendiendo al principio constitucional de legalidad del gasto público en virtud del cual no se puede hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gastos, e implica, que la disponibilidad presupuestal exista previa a la realización del gasto y además que sea suficiente al momento de hacer la erogación.

Manifestó que la Secretaría de Educación al que se encuentra adscrito el demandante, reconoció las cesantías solicitadas atendiendo al turno de radicación y disponibilidad presupuestal para tal efecto, respetando el derecho de igualdad de que gozan todos los Docentes afiliados al FOMAG, en cuanto a la presentación de las solicitudes, por lo que previamente debió verificar que el peticionario no hubiera presentado solicitud anterior y que el Fomag (Fondo de atención de Prestaciones Sociales del Magisterio) contara con el rubro presupuestal para el pago de dicha prestación.

sostuvo que la entidad se acoge al principio de legalidad del presupuesto y no desconoce los precedentes jurisprudenciales que en materia de sanción moratoria ha establecido el Consejo de Estado a través de las sentencias de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018, y Corte constitucional en la Sentencia SU336 del 18 de mayo de 2017, igualmente, manifestó que debe tenerse en cuenta la interpretación dada por la Corte Constitucional sobre el respeto de los principios del presupuesto, los trámites y procedimiento internos para efectuar el pago de una condena, plasmados en la Sentencia C-604/12 MP JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

Adujo respecto del pago de la indexación que dicha pretensión debe ser declarada improcedente conforme a las subreglas descritas en la sentencia de unificación 73001-23-33-000-2014-00580-01 del 18 de julio de 2018, al tiempo que aseguró que es la Secretaría de Educación la responsable del pago de la sanción por mora.

Finalmente, solicitó que de existir una condena, al momento de disponer sobre la condena en costas se analicen los aspectos señalados para exonerar de estas a la parte demandada conforme a las reglas del artículo 365 del Código General del Proceso, por cuanto la entidad en ningún momento actuó de mala fe.

2. SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ. Guardo silencio.

VII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta oportunidad el Ministerio Público no emitió concepto alguno.

VIII. CONSIDERACIONES

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el Despacho que están reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de Litis.

B.1. Problema jurídico.

En audiencia inicial realizada el 06 de junio del año 2019[1] se estableció el problema a resolver, el cual quedó de la siguiente manera:

-Se generó o no un acto ficto o presunto derivado del silencio de el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación de Boyacá, al no contestar el derecho de petición de fecha 24 de agosto de 2016, radicado por la demandante ante mencionadas entidades por medio del cual solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías solicitadas el 05 de marzo de 2014?

Corresponde a este Despacho determinar si en el presente caso el demandante tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria, por el pago extemporáneo de sus cesantías definitivas, en virtud de la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006.

-En caso afirmativo, se deberá establecer a cuál de las accionadas; Nación Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FIDUPREVISORA S.A. y Departamento de Boyacá -Secretaría de Educación-, le corresponde realizar el pago efectivo de esta.

---

[1] Folios 147 a 154.

-Finalmente, determinar si en el presente caso ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción.

8.2. TESIS DEL DEMANDANTE:

Las entidades demandadas están obligadas a reconocer y pagar la sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de mora, desde el día 66 hábil siguiente a la radicación de la solicitud de pago de las cesantías definitivas y hasta el 25 de julio de 2014 fecha de pago efectivo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1071 de 31 de julio de 2006.

8.3. TESIS DEL DEMANDADO - NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-:

El demandante no tiene derecho al pago de la sanción moratoria toda vez que el procedimiento regulado por la Ley 91 de 1989 y su Decreto reglamentario 2831 de 2005 es el aplicable al caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que no pude aplicarse la ley 1071 de 2006 y menos aún hacer extensiva una sanción establecida en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no reconocimiento y pago oportuno del auxilio de cesantías.

8.4. TESIS DEL DEMANDADO - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ-

No estan en la obligación de responder por la sanción moratoria reclamada como quiera que en virtud del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 las prestaciones sociales objeto del presente están a cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que no hace parte de la Secretaría de Educación de Boyacá ni del Departamento.

8.5. TESIS DEL DESPACHO

La demandante tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria contemplaca en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías **definitivas**, a razón de un día de salario por cada día de mora, por el periodo comprendido entre el **20 de junio al 20 de julio de 2014**, la cual se liquidará con base en la asignación básica **vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio de la servidora pública.**

9. De la normatividad aplicable.

9.1. Procedencia de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías de los docentes oficiales.

En primer lugar debe decirse que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentran cobijados por el régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en el cual se previo un sistema de retroactividad para los docentes nacionalizados (entiéndase los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976) vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, y el anualizado sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, para los nacionalizados vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1990 y aquellos del orden nacional (vinculados a partir del 1 de enero de 1976, de conformidad con lo dispuesto por la ley 43 de 1975 numeral 2, art. 1, ley 91 de 1989) de la forma en que sigue:

> "Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente ley el personal docente nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

[...]

1. Cesantías:

A: Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional."

Del texto en cita, se advierte que la norma no señaló el régimen aplicable a los docentes territoriales, no obstante, el artículo 4 ibídem creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la ley, con observancia del régimen ya señalado y de los que se vincularan con posterioridad a ella.

En ese orden de ideas; i) los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 -lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales-, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad sujeto al reconocimiento de intereses.

Sin embargo, nada se dijo respecto de la sanción por la mora en la cancelación de dicha prestación social, pero la Ley 1071 de 2006, por medio de la cual se adicionó y modificó la Ley 244 de 1995 reglamentó el reconocimiento de las **cesantías definitivas o parciales** para los trabajadores y servidores del Estado, extendiendo el tema de la sanción moratoria por el pago tardío a las mismas, fijado un término perentorio e imponiendo la sanción por el pago extemporáneo ante su incumplimiento, así lo dispuso:

> *"ARTICULO 4o. TÉRMINOS. 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.*
>
> *PARAGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.*
>
> *Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.*
>
> *ARTÍCULO 5o. 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 las***

***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 del despacho.*

Así las cosas, el pago de la moratoria es una sanción a cargo del empleador incumplido, en favor del trabajador, la cual fue creada con el fin de indemnizar los daños que se causan a éste, por la morosidad en el reconocimiento y pago de la liquidación, ya sea que se trate del auxilio de cesantías parciales o definitivas.

Adicionalmente, a partir de los artículos citados se advierte que la administración cuenta con un plazo de 15 días contados a partir de la respectiva petición, o de su complementación si es del caso, para emitir el acto de reconocimiento y liquidación de las cesantías; una vez ejecutoriada dicha decisión, la entidad cuenta con 45 días para realizar el pago respectivo, so pena de incurrir en la sanción moratoria.

De otra parte, vale la pena destacar que el artículo 2 de la Ley 1071 de 2006, determinó como **destinatarios de la misma, a los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, a los miembros de la Fuerza Pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y los trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, sin que se dijera que la** sanción moratoria era aplicable a los docentes oficiales.

Es decir, como quiera que la Ley 91 de 1989 no previó sanción por la mora en el pago de las cesantías de los docentes, así como tampoco lo hicieron las Leyes 244 de 2005 y 1071 de 2006, las cuales no señalaron expresamente que la sanción moratoria de las cesantías debía ser aplicada también a los docentes, se generó inicialmente la incertidumbre respecto de este tema, el cual no había sido pacífico.

No obstante, la Corte Constitucional en **sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017**, unificó su criterio estableciendo que los docentes sí tenían derecho al reconocimiento de la sanción moratoria de las cesantías y fijó las siguientes sub-reglas:

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 (el pago parcial de cesantías) permitir al trabajador satisfacer otras necesidades; bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador 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

iii) Desde la exposición de motivos de esta normativa 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 mantener dos posturas contrarias sobre el asunto 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.

En ese orden de ideas, pude afirmarse que la Corte Constitucional avala el reconocimiento de la sanción moratoria en el caso de los docentes oficiales a la luz de lo dispuesto en las normas generales, esto es, de las **Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.**

Por su parte el Consejo de Estado emitió **sentencia de unificación** a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, **CE-SUJ-SII-012- de 18 de julio de 2018, M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra,** expediente No. 73001-23-33-000-2014-00580-01, demandante: Jorge Luis Ospina Cardona, demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Departamento del Tolima optando también por reconocer la sanción moratoria en el caso de los docentes **sin distinción alguna**, teniendo en cuenta las normas generales, es decir, sin considerar que su régimen especial no contempló expresamente tal derecho; precisando que el docente oficial al tratarse de un servidor público, le es aplicable la ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías se refiere.

Allí se expuso:

> *"(...)Con fundamento en lo expuesto* ***para la Sección Segunda 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, establecida en la norma superior y desarrollado a través de la ley.***
>
> *Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en* ***el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el recanocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada par la Carte Constitucional (...)" (Negrilla fuera de texto original).***

Así las cosas del texto en cita, se recordará que al tratarse de un pronunciamiento de unificación, éste constituye precedente vertical obligatorio, el cual será acogido por esta instancia judicial, en virtud de lo dispuesto en los artículos 10 y 270 de la Ley 1437 de 2011 , es decir, en cumplimiento del precedente citado, este Despacho dará aplicación a las disposiciones fijadas por el Consejo de Estado, teniendo en cuenta el carácter vinculante de las decisiones de los órganos de cierre jurisdiccional.

Ahora bien, en lo relacionado con el trámite de conteo de términos para establecer la mora de la entidad, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación indicó:

> *"En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la*

ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Artículo 270.- SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo [illegible] de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo [illegible] de la Ley 1285 de 2009.

prestación social —cesantías parciales o definitivas- o la haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006), 10 del término de ejecutoria de la resolución (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011 [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo —Decreto 01 de 1984, artículo 51]) y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006"

Igualmente, en la citada sentencia de unificación se fijaron las siguientes sub reglas:

*"(...) **PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.*

***SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA** en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar [illegible] frente a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:*

i) [illegible] en cuanto a que la mora de las cesantías definitivas y parciales se exige [illegible] términos [illegible] 70 días hábiles después de [illegible] días de ejecutoria del acto; y (ii) 45 días para ejecutar el pago.

ii) [illegible] que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado a [illegible] [illegible] 5 días para [illegible] la notificación [illegible] 10 días para [illegible] 45 días para [illegible] la petición [illegible] la notificación [illegible] 15 días para [illegible] 45 días para [illegible] la petición [illegible] la notificación [illegible] 45 días para [illegible] la petición [illegible] la notificación [illegible] 45 días para [illegible] la petición [illegible] la notificación [illegible] 45 días para [illegible] la petición [illegible] la notificación correrán en contra del empleador como [illegible] para [illegible] moratoria.

«Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, sobre la el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su liquidación. [illegible] Términos. 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 [illegible]

ARTÍCULO [illegible]. Notificación y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo que el evento en que se haya acudido ante el juez. [illegible] • ARTÍCULO [illegible] ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme: 1. Cuando no [illegible] procede ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso. 2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos. [illegible] Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueren interpuestos [illegible] se tendrá en cuenta la expresado en ellos. 4. Desde el día siguiente al de la notificación de la [illegible] que resuelve el recurso. 5. Desde el día siguiente al de la publicación [illegible] del término de [illegible] administrativo positivo.»

«Artículo [illegible]. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán de interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la de fijación del edicto o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.»

«[...]
Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos pertinentes, los actos quedarán en firme. [illegible]
(...)"

«Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir de la ejecutoria de la resolución en firme o el acto administrativo que ordene la liquidación definitiva o parcial de cesantías, para cancelar el valor de la cesantía reconocida. [illegible] para el Fondo Nacional de Ahorro.»

«Sentencia T-581/14 [illegible] Sentencia de unificación de 18 de julio de 2013 [illegible] Expediente No. 73001-23-33-000-2014-00380-01 [illegible] Jorge Luis Espinosa Sanchez [illegible] Nación [illegible] Nacional [illegible] Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio [illegible] Departamento de Tolima.

iii) Cuando se interpone recurso, [illegible] días después que se [illegible] negativa, si el recurso no es resuelto [illegible] 45 días para el pago de [illegible] se interpuesto.

TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA *en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que, en tratándose de cesantías definitivas el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, de donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo.*

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA *en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.*

QUINTO: *Señalar que el efecto de la presente sentencia de unificación será retrospectivo y por ende, aplicable de manera obligatoria a los trámites pendientes de resolver en sede gubernativa y judicial. Por lo anterior, esta providencia no podrá aplicarse de manera retroactiva, respetando así la cosa juzgada de los conflictos decididos con antelación.*

Así mismo, que al reconocer un derecho, será extensible en los términos previstos en los artículos 10, 102 y 269 del CPACA.

(...)"

Frente a la aplicación del régimen especial de cesantías docente, el H. Consejo de Estado al unificar su jurisprudencia señaló que el **Decreto 2831 de 2005 debía ser inaplicado** ya que establece un nuevo término para el pago de las cesantías que resulta regresivo y de conformidad con la doctrina constitucional, deben prevalecer las leyes expedidas por el Congreso de la República en ejercicio de las funciones previstas en el artículo 150 de la Constitución Política frente a las disposiciones de inferior rango jerárquico como los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, por lo que se ha de entender que prevalece en su aplicación, la Ley 1071 de 2006.

De lo anterior se concluye, que para efectos del reconocimiento de las cesantías parciales y definitivas al personal docente, deberán aplicarse los términos señalados en la Ley 1071 de 2006, dada su naturaleza de servidores públicos tal como se explicó anteriormente.

Finalmente, respecto de los efectos de la aplicación de la sentencia de unificación, el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa, en el numeral quinto que la sentencia pluricitada del 18 de julio de 2018, dispuso que los efectos de la misma serían retrospectivos, es decir, que resultan aplicables de manera obligatoria a los trámites pendientes de resolver en sede gubernativa y judicial, de modo que resulta plenamente aplicable al presente asunto.

Ahora bien, vale la pena destacar que en ninguna de las sentencias de unificación ni la Corte Constitucional ni el Consejo de Estado, realizaron algún tipo de diferenciación respecto de los docentes a quienes les asistía el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria, desde la perspectiva de si el docente pertenecía al régimen retroactivo o anualizado de cesantías; lo anterior, toda vez que se dejó claro que el ámbito de aplicación de la sanción de la Ley 244 de 1995 y de la Ley 1071 de 2006 se determina por la condición de servidor público, la cual le asiste a los docentes oficiales en calidad de empleados públicos de la rama ejecutiva, a quienes en consecuencia, les cobija la sanción moratoria.

Al respecto vale la pena aclarar que una cosa es la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías antes del 15 de febrero de cada anualidad, contenida en la Ley 50 de 1990, la cual no le es aplicable a los docentes, por cuanto la misma implica una sanción al

empleador que no realizó la consignación oportunamente, más no puede ser endilgada al trabajador.

Argumentando lo anterior el Consejo de Estado en providencia del 7 de diciembre de 2017 dispuso respecto de la diferencia entre la no consignación oportuna de las cesantías en el Fondo respectivo y la sanción moratoria lo siguiente:

> "...
>
> *De lo anterior la importancia de distinguir entre (i) la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías del empleador al fondo privado, que es la que consagra la Ley 50 de 1990, la cual pretende el demandante y (ii) la sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías del FOMAG y al docente que las ha requerido, cuyo fundamento está dado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.*
>
> *(i) lo significa que en la normatividad a la que se encuentran sometidos los docentes del Estado en materia de cesantías, no existe la sanción moratoria por su consignación tardía al fondo pues esta se rige bajo la misma dinámica del régimen que fija la Ley 50 de 1990. Mientras que en esta última al empleador tiene la obligación de trasladar esta prestación social al fondo privado a más tardar el 14 de febrero de cada año, bajo la Ley 91 de 1989, le compete a la Nación el suministro de las cesantías y es ella misma quien procede a su pago por medio de los recursos dispuestos en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual debe recordarse carece de personería jurídica.*

En consecuencia, como lo dispuso el Consejo de Estado, no se debe confundir la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, con la sanción moratoria de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, pues esta última hace referencia a la tardanza en el pago de las cesantías del FOMAG al docente que las ha requerido, mientras que en la primera se trata el tema de la no consignación anual oportuna de las cesantías.

Para concluir, tenemos entonces, que si el criterio determinante para la aplicabilidad de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías contemplado en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 es la connotación de servidor público que le asiste a los docentes del servicio oficial, en nada influye el régimen de cesantías que estos ostenten ya sea anualizado o retroactivo, máxime cuando la Corte Constitucional afirmó que el pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, y ello cobija a todos los funcionarios públicos de las tres ramas del poder, sin que de allí puedan ser excluidos los docentes oficiales, quiénes también tienen derecho a que se les reconozcan plenamente y oportunamente sus prestaciones sociales, por lo que proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a la igualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las mismas.

En reciente sentencia de unificación SU 332 del 25 de julio de 2019 la Corte Constitucional, dispuso respecto de la procedencia del pago de la sanción moratoria, lo siguiente:

> *"En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegidos por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón del trabajo que desarrollan y la vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales no pueden catalogarse como empleados públicos, en razón de las funciones que cumplen, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento que da lugar a una relación legal y reglamentaria; **(iv) los docentes oficiales en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.**"*

Así las cosas, no hay lugar a dudas que los docentes al ser servidores públicos independientemente del régimen de cesantías a que pertenezcan, son beneficiarios del reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria consagrada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Realizadas las anteriores precisiones, se procederá entonces a realizar el fondo del asunto a efectos de determinar si le asiste derecho al demandante al pago de la sanción moratoria.

10. Del caso concreto:

A efectos de resolver los problemas jurídicos propuestos, este estrado judicial en primer lugar, resolverá si en el presente se configuró **la existencia del acto ficto o presunto**, lo cual se hará de la siguiente manera:

Vale la pena destacar que el apoderado de la parte demandante solicita se declare la existencia del acto ficto o presunto negativo y su nulidad con ocasión del silencio que se originó frente a la petición de reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías radicada el **24 de agosto de 2016**, toda vez que dicha solicitud no fue resuelta.

En este orden de ideas se dirá que se encuentra acreditado dentro del plenario que el demandante el **24 de agosto de 2016**, a través de apoderado presentó derecho de petición dirigido a la Secretaría de Educación de Boyacá - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio , solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria (fls. 16-20).

Ahora bien, el Consejo de Estado, en sentencia del 8 de marzo de 2007[9], dispuso respecto del silencio administrativo:

> *"Con el fin de asegurar la efectividad de los derechos constitucionales de Petición (artículo 23, C.P.), y, principalmente, de Acceso a la Administración de Justicia (artículo 229 C.P.), la normatividad nacional ha previsto, como instituto que opera como una garantía, exclusivamente en favor de los peticionarios, que una vez transcurra el término consagrado en la ley para que las autoridades respondan las peticiones que les sean formuladas, sin que el solicitante hubiere obtenido decisión que la resuelva, opere el silencio administrativo, en virtud del cual se entiende, para los efectos jurídicos a que haya lugar, que la Administración adoptó la decisión correspondiente con la cual decide de fondo la petición que le ha sido elevada, decisión que estará contenida en lo que se ha convenido en denominar como acto administrativo ficto o presunto, el cual bien puede ser negativo o positivo"*

Así mismo, vale la pena precisar que el artículo 83 del CPACA establece lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 83. SILENCIO NEGATIVO.* ***Transcurridos tres (3) 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.***
>
> *En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.*
>
> *La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda" (negrilla fuera de texto original)*

En ese orden de ideas, como quiera que el demandante, el **24 de agosto de 2016** presentó petición tendiente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria ante la Secretaría de

---

[9] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 8 de marzo de 2007, C.P. MAURICIO FAJARDO GOMEZ bajo Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01143 01(14830).

Educación de Boyacá - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-, sin que la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la petición formulada lo haya hecho y que se encuentra vencido el termino de los 3 meses que consagra la norma, este estrado judicial concluye que en el presente asunto **se configuró la existencia de un acto administrativo ficto o presunto**, que da origen al silencio administrativo negativo, por lo cual se deberá proceder a declarar su existencia.

Realizada la anterior precisión, del material probatorio arrimado al plenario, se advierte lo siguiente:

Que la demandante se desempeñó al servicio de la docencia durante el periodo comprendido entre el **03 de agosto de 1992 al 12 de enero de 2014** tal como se acredita con el certificado de historia laboral que obra a folios 108 a 110 del expediente.

A través de **petición radicada bajo el No. 2014-CES-006032 del 05 de marzo de 2014**, la señora VIRGINIA CORONADO DE MORENO, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas que le correspondían por los servicios prestados como docente (fl.78); así mismo se acredita con la **Resolución No. 003020 del 13 de mayo de 2014**, por la cual se reconoce y ordena el pago de la cesantía definitiva (fls. 11-12 y 65-66)

Que de acuerdo a la certificación expedida por el profesional sénior del Banco Agrario de Colombia de fecha 04 de septiembre de 2019, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Fiduciaria LA PREVISORA S.A. colocó a disposición el pago de la cesantía el **21 de julio de 2014** (fl.168).

Por medio de solicitud radicada bajo el No. 2016PQR39821 de **24 de agosto de 2016**, la accionante actuando a través de apoderado, solicitó a la Secretaría de Educación de Boyacá –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 (fls. 16-20)

En este orden de ideas, es evidente que a la señora VIRGINIA CORONADO DE MORENO, en calidad de docente oficial, le es aplicable la Ley 1071 de 2006 y que corresponde entonces, a este estrado judicial determinar con base en la información citada y las subreglas fijadas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, si el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio incurrió en mora a la hora de reconocer y pagar sus cesantías definitivas, lo cual se hará de la forma en que sigue:

Teniendo en cuenta que la solicitud de reconocimiento de las cesantías, fue radicada el **05 de marzo de 2014** los 15 días previstos en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 para la expedición del acto correspondiente vencieron el **26 de marzo de 2014**, sin embargo, la entidad incumplió con este término, porque sólo hasta el **13 de mayo de 2014** profirió la Resolución No. 003020 esto es cuando había transcurrido 1 mes y 07 días, después del vencimiento de la oportunidad fijada en la Ley.

Así las cosas, acatando la sentencia de unificación del Consejo de Estado, se aplicará la sub-regla jurisprudencial relativa a la expedición del acto administrativo por fuera del término de ley, en consecuencia la sanción moratoria en el asunto bajo estudio empieza a correr a partir de los 70 días hábiles, siguientes a la radicación de la solicitud de reconocimiento y pago de las **cesantías definitivas** que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

En consecuencia, para mayor ilustración se tiene que en el presente asunto no se tomará en cuenta la fecha de notificación del acto administrativo y en su lugar se contarán los términos establecidos con ocasión de la referida regla jurisprudencial por lo que la fecha de **ejecutoria** del [illegible] acto administrativo –10 días – (arts. 76 y 87 CPACA) sería el **10 de abril de**

2014 y el vencimiento del término para pago -45 días- (Art. 5 L. 1071/2006) sería el **19 de junio de 2014**.

El siguiente cuadro ilustra los términos conforme a la regla jurisprudencial:

Actuación – término-	**Fecha**	**Caso concreto**
Fecha de la **reclamación** de las cesantías definitivas	05/03/2014	
Vencimiento del término para el **reconocimiento** - 15 días (Art. 4 L. 1071/2006)	26/03/2014	**Fecha de reconocimiento:** 13/05/2014 Resolución 003020
Vencimiento del término de **ejecutoria** – 10 días (arts. 76 y 87 CPACA)	10/04/2014	
Vencimiento del término para el **pago** - 45 días (Art. 5 L. 1071/2006)	19/06/2014	**Fecha donde se puso a disposición pago para cobro:** 21/07/2014 **Período de mora:** 20/06/2014-20/07/2014

Tal como se evidencia, se causó un periodo de mora desde el **20 de junio hasta el 20 de julio de 2014**, día anterior a aquél en que la Fiduprevisora realizó el pago de las **cesantías definitivas**, generándose un retardo de **30 días**, mora que conforme al parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, tendrá que pagarse a razón de un día de salario por cada día de retraso en la cancelación de las cesantías, sin que en dicho cómputo se distingan días hábiles o inhábiles, por lo que deberán contabilizarse días calendario.

La mora cesó el día en que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales pagó, es decir el día 21 de julio de 2014, tal como lo certificó el Banco Agrario de Colombia.

Ahora, valga recordar que el salario base para calcular la sanción moratoria por el pago tardío de las **cesantías definitivas**, es la asignación básica **vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio de la servidora pública**, que para el caso en concreto corresponde al **12 de enero de 2014**, esto en virtud del certificado laboral expedido por la secretaría de Educación de Boyacá obrante a folios 108-110 del plenario.

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto ficto producto de la ocurrencia del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición de fecha **24 de agosto de 2016**, a través de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías definitivas y a título de restablecimiento del derecho, se accederá a las pretensiones de la demanda, conforme a los datos obtenidos en la documentales arrimadas al proceso, por lo tanto, se ordenará a la entidad demandada competente que proceda al reconocimiento y pago de la sanción moratoria a favor del demandante, en razón de un día de salario por cada día de mora acreditados, por el periodo comprendido entre el **20 de junio al 20 de julio de 2014**, la cual se liquidará con base en la asignación básica **vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio de la servidora pública**, que para el caso en concreto corresponde al **12 de enero de 2014.** No obstante, se aclara desde ya que, los anteriores periodos están sujetos al estudio de prescripción que se efectuará en un acápite posterior.

Ahora bien resuelto el segundo problema jurídico a resolver en el sentido de establecer que al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, se resolverá a qué entidad le corresponde asumir dicha obligación y de paso resolver sobre la

excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el apoderado del Departamento de Boyacá-Secretaría de Educación y la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- lo cual se hará de la siguiente manera:

Frente a la **Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá**, a la cual la docente presta sus servicios no tiene competencia autónoma e independiente y mucho menos descentralizada en materia de reconocimiento de cesantías. Lo anterior, obedece a que si bien la suscripción del acto administrativo correspondiente la realiza el respectivo secretario de educación territorial, tal actuación la despliega investido de la facultad que por virtud de la Ley le ha delegado la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el hecho de que dicho Fondo carezca de personería jurídica es la razón por la cual se dirige la demanda a la Nación - Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Finalmente, en cuanto a la **Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, tenemos que decir entonces que la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, cuyos recursos serían manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, por lo que para el efecto el Gobierno Nacional debía suscribir el correspondiente contrato de fiducia mercantil.

Ahora bien según el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, dentro de las atribuciones convidadas al Fondo están las de atender las prestaciones sociales de los docentes oficiales, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente sin despojar al FNPSM de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Debe aclararse que el referido artículo es la norma aplicable al caso en estudio, toda vez que es el que se encontraba vigente al momento en que se adelantó la actuación administrativa, no obstante el mismo **fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019, que reguló el tema en su artículo 57.** Dicha disposición no rige el asunto porque la petición de reconocimiento de cesantías se radicó el **05 de marzo de 2014** y la sanción moratoria se causó desde el **20 de junio al 20 de julio de 2014**, es decir con anterioridad a la expedición de la mencionada ley.

Así las cosas, el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** es quien debe asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales afiliados a éste, pese a la existencia de un procedimiento administrativo especial para el trámite de las solicitudes presentadas en el que concurren las Secretarías de Educación territoriales certificadas y la administradora de los recursos del Fondo, es decir, la Fiduciaria Fiduprevisora S.A., trámites que han sido dispuestos para racionalizar el trámite de reconocimiento y pago de las prestaciones, evitándose involucrar a los entes territoriales y a la Fiduciaria, en responsabilidades relacionadas con las prestaciones de los docentes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Lo anterior resulta acertado en el asunto bajo estudio, pues la petición dirigida a obtener el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las **cesantías definitivas**, de la cual se derivó el acto administrativo ficto o presunto enjuiciado,[1] fue radicada ante la Secretaría de Educación de Boyacá -Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio- quien tendría que haber dado respuesta y quien está obligado a responder por la presente, en ejercicio de las facultades conferidas en las Leyes 91 de 1989, 962 de 2005 y en el Decreto 1075 de 2015.

---

[1] Folios 14-22

En consecuencia, ante la prosperidad de las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, la entidad llamada a responder por éstas es la **Nación – Ministerio de Educación Nacional-, en su condición de titular de la cuenta conformada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio,** sin que pueda afirmarse que las competencias asignadas a las autoridades territoriales o a la entidad fiduciaria, la releven de tal obligación.

Con base en lo anterior, la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva, propuestas por el Departamento de Boyacá –**se declarará probada** y respecto de la la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **se negará**, como quiera que es al Fondo a quien le corresponde reconocer y ordenar el pago de la sanción moratoria a la que tiene derecho la accionante.

De la Prescripción

La sentencia proferida por el Consejo de Estado el 15 de febrero de 2018[11], dispuso respecto de la **prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas, lo siguiente:**

> *"Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 [12], referida líneas atrás, la sanción moratoria se debe reclamar desde que esta se hace exigible, so pena de que opere la prescripción, al respecto:*
>
> > *«[...]* ***Prescripción de los salarios moratorios***
> >
> > *Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorias[13] a la prestación "cesantías".*
>
> *Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.*
>
> *Como hacen parte del derecho sancionador[14] y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador, es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.*
>
> *Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:*
>
> > *"**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*

---

[11] Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda-Subsección A-, C.P. Dr. William Hernández Gómez, expediente No. **27001-23-33-000-2013-00188-01(0810-14), quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018)**

[12] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda. Consejero ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). Apelación sentencia - autoridades municipales. Actor: Yesenia Esther Herrera Castillo. Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016.

[13] Tal indemnización no tiene el carácter de accesoria a las cesantías, como pasa a precisarse en esta providencia, a pesar de que en diversas providencias, se le haya dado tal connotación; ver, entre otras, el auto de 21 de enero de 2016, radicación número: 27001-23-33-000-2013-00166-01(0593-14).

[14] En sentencia C-448 de 1996, la Corte Constitucional consideró que esta sanción "busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora..."

reclamo escrito del trabajador recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 [1], previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, lo que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990. [...]» (Subraya de la Subsección)"

En ese orden de ideas, en aplicación del criterio jurisprudencial referido, según el cual la sanción moratoria es prescriptible, se debe aplicar el término previsto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, el cual establece el término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho, que puede ser interrumpido, por una sola vez, con el simple reclamo del trabajador.

Así las cosas, en el caso bajo estudio se advierte que el derecho a la sanción moratoria se hizo exigible **desde el primer día de mora**, esto es, desde el **20 de junio de 2014**, por consiguiente, el término de los 3 años previsto para reclamar el pago respectivo sin que operara el fenómeno extintivo, vencía el **20 de junio de 2017**; sin embargo, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que tratan las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 por el no pago oportuno de las cesantías definitivas el **24 de agosto de 2016** (fls. 16-20), la cual fue resuelta de manera negativa al configurarse el silencio administrativo, pues no se obtuvo respuesta a la misma; la solicitud de conciliación fue radicada el 09 de octubre de 2017 (fl. 24 y vto) y la demanda fue presentada el 09 de agosto de 2018 (fl.26), así las cosas, en el presente asunto no operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

Finalmente, respecto de la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías el Consejo de Estado, en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, dispuso:

"... que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA. (...)".

Lo anterior significa, que la sanción moratoria es incompatible con la indexación, toda vez que ésta no solo cubre la actualización monetaria sino que es superior; así como, la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, lo que determina la improcedencia de reconocer los ajustes de valor de la sanción moratoria mientras esta opere; lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

No obstante, resulta relevante citar sentencia reciente del 16 de mayo de 2019, proferida por la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, Magistrada Ponente Clara Elisa Cifuentes Ortiz, dentro del expediente No. 15001 3333 006 2017-00068-01, demandante: Doris Marcelle Sainea Escobar y demandado: Ministerio de Educación Nacional — FNPSM-; en el cual se rectificó postura respecto al pago de indexación de que trata el artículo 187 ibídem, pues aclaró que si bien en anteriores oportunidades de conformidad con el literal cuarto de la parte resolutiva de la sentencia de unificación (Sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018), se venía accediendo a la indexación de las sumas constitutivas de la sanción en sí misma, y no a la indexación del salario diario el Consejo de Estado en posteriores pronunciamientos a la SU, tanto en la Subsección "A" como en la Subsección "B" de la Sección Segunda de esa corporación, expuso que no es procedente la indexación de la condena,

---

[1] Normas vigentes para efecto de prescripción, entre otras en sentencias de 21 de noviembre de 2013, Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez (E), radicación número: 08001-23-31-000-2011-00254-01(0809-13) y de 17 de abril de 2013, Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación número: 08001-23-31-000-2007-00210-01(2154-11).

toda vez que dicho ajuste es incompatible con el reconocimiento de la sanción moratoria porque conllevaría a la aplicación de una doble penalidad de carácter económico [1].

En este orden de ideas, se niega la indexación de las sumas que resulten a favor de la parte actora producto de la sanción moratoria y de la condena.

Costas

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

> "***ART. 188. Condena en costas.*** *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*"

No obstante, de conformidad con lo establecido en el numeral 5° del artículo 365 del Código General del Proceso, se tiene que, en caso de que prosperen parcialmente las pretensiones de la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas a la parte vencida.

Así las cosas, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el Despacho que si bien se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, la demanda prosperó en forma parcial, razón por la que en el presente asunto el **Juzgado se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, con fundamento en la norma citada.**

Por lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A:

PRIMERO. – DECLARAR PROBADA la excepción denominada: **falta de legitimación en la causa por pasiva,** propuesta por la Secretaría de Educación de Boyacá, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas: **falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción** y **genérica,** propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO.- DECLARAR la nulidad del acto ficto producto de la ocurrencia del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición de fecha **24 de agosto de 2016**, a través de la cual el actor solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías definitivas, conforme a lo expuesto.

CUARTO.- CONDENAR a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio , a título de restablecimiento del derecho, a reconocer, liquidar y pagar a la señora **VIRGINIA CORONADO DE MORENO**, identificada con C.C. No. 23.753.159 de Miraflores, la sanción moratoria por pago tardío de sus cesantías definitivas, a razón de un día de salario por cada día de mora, por el periodo comprendido entre el **20 de junio de 2014 hasta el 20 de julio de 2014,** la cual deberá liquidarse con base en la asignación básica **vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio de la servidora pública**, que para el caso en concreto corresponde al **12 de enero de 2014**, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

---

[1] Criterio asumido por la Sala de Decisión Nro. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá MP [illegible] Archivo en Tribuna, Expediente 150013333[illegible]015-2017-00146-01 del 28 de agosto de 2019.

Medio de Control: [illegible] Y PRESTACIONES DERECHO DEL DERECHO
Radicación: [illegible]
Demandante: [illegible] DE DESPACHO
Demandado: [illegible] DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO [illegible] EDUCACIÓN BOYACÁ

QUINTO.- La **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-**, dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 194 y 195 del CPACA y reconocerá intereses en la forma prevista en el artículo 192 ibídem.

SEXTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO.- NO CONDENAR en costas a la parte demandada, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO.- En firme la presente decisión archívese el expediente dejándose las constancias respectivas.

Notifíquese y Cúmplase,

EDITH MILENA RATIVA GARCIA
Juez

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

[illegible]

SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

SENTENCIA No. 10 de 2020

Tunja, seis (06) de marzo de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicación No: **15001 3333 012 – 2018 – 00108 – 00**
Demandante: **JOSE FRANCISCO REYES RODRIGUEZ**
Demandado: **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL.**

Procede esta instancia a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesto por el señor **JOSE FRANCISCO REYES RODRIGUEZ**, en contra de la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL.**

I. ANTECEDENTES

1. Objeto de la acción.

Mediante apoderado judicial, el señor **JOSE FRANCISCO REYES RODRIGUEZ** solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 20173170523371 de fecha 03 de abril de 2017, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial equivalente al 20% que sobre el salario mínimo legal mensual vigente ha dejado de percibir el demandante desconociendo sus derechos adquiridos desde el 01 de noviembre de 2003, así como las diferencias correspondientes a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones prima de navidad, prima de antigüedad, prima de servicios anual, prima de orden público, prima de actividad militar, subsidio familiar que se han liquidado en indebida forma teniendo en cuenta que el factor salarial que se ha cancelado es errado.

Como consecuencia de tales declaraciones y a título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL, reconocer y pagar la diferencia salarial del 20% mensual que sobre el salario mínimo legal mensual vigente, se le ha dejado de cancelar al señor JOSÉ FRANCISCO REYES RODRIGUEZ, desde el 01 de noviembre de 2013, así como la diferencia correspondientes a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de antigüedad, prima de servicio anual prima de orden público prima de actividad militar y subsidio familiar. Así como que la condena respectiva sea actualizada y se ordene la ejecución de la sentencia que ponga fin al proceso de conformidad con lo previsto en los artículos 192 y 193 del CPACA (fl.5).

2. Hechos que dan lugar a la acción.

Teniendo en cuenta la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial llevada a cabo el 14 de mayo de 2019 obrante a folios 90 a 95, los hechos son los siguientes:

El señor **REYES RODRIGUEZ JOSE FRANCISCO**, se vinculó al Ejército Nacional como soldado voluntario, época en la cual, percibió como salario el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo.

Refirió que con la entrada en vigencia del Decreto 1794 de 2000 el 1 de noviembre de 2003, el demandante fue equiparado a soldado profesional, fecha desde la cual, la entidad demandada comenzó a cancelarle como asignación salarial el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40% del mismo.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 15001 3334 012 – 2018 – 00108 – 01
Demandante: JOSE FRANCISCO REYES RODRIGUEZ
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL

Señaló que a través de petición radicada el 21 de marzo de 2017 el demandante solicitó que le fuera reconocido y pagado la diferencia salarial equivalente al 20% que sobre el salario mínimo legal mensual vigente se le ha dejado de suministrar desconociendo su derecho adquirido como soldado voluntario, así como las diferencias correspondientes a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de antigüedad, prima de servicio anual, prima de orden público, prima de actividad militar, subsidio familiar que se ha liquidado en indebida forma teniendo en cuenta que el factor salarial.

Dijo que mediante oficio del 3 de abril de 2017 bajo radicado N° 20173170523371, expedido por el Teniente Coronel NESTOR JAIME GIRALDO GIRALDO, la entidad convocada le negó el reconocimiento y pago del derecho laboral reclamado por mi representado, argumentando que el sistema de nómina del ejército Nacional exclusivamente presupuesta las partidas incluidas en el sistema de informática del Ministerio de Defensa, el cual, no contempla el reconocimiento de dicho salario bajo los parámetros en que fue solicitado.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

De conformidad con los hechos narrados, considera el apoderado de la parte demandante que se vulneraron las siguientes normas:

CONSTITUCIONALES: artículos 53 y 58

LEGALES: Ley 131 de 1985, Ley 4 de 1992 y los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

Manifestó que el demandante al haberse vinculado al Ejercito Nacional como soldado voluntario antes del 31 de diciembre de 2000 en condición de soldado voluntario y bajo las previsiones estipuladas en la Ley 131 de 1985, devengando una bonificación mensual que equivalía a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por 60% emolumento que devengo hasta el 01 de noviembre de 2003, emolumento se constituye ejun derecho adquirido, que no por el hecho de entrar en vigencia los Decretos 1793 y 1794 de 2000, debía ser objeto de desmedro.

Sostuvo que el acto administrativo demandado es nulo al haberse incurrido en su expedición en una falsa motivación al desconocer abiertamente las normas que le sirven de sustento por lo que es procedente su anulación y a consecuencia de ello se restablezcan los derechos del demandante tal y como se pretende en la demanda.

Transcribió apartes de la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 06 de agosto de 2015, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. NACION-MINISTERIO DE DEFENSA –EJERCITO NACIONAL- (fls. 42-47)

La apoderada de la entidad, presentó escrito de contestación de la demanda mediante el cual no se opuso a la prosperidad de las pretensiones siempre y cuando el demandante le asistiera el derecho y probara los presupuestos necesarios.

Indicó que a través del Decreto 1793 del 14 de septiembre de 2000 se estableció el régimen de carrera y estatuto personal de soldados profesionales de las fuerzas militares, mismos que trajo lo relacionado con salarios, prestaciones, siendo dichas disposiciones derogadas por el artículo 45 del Decreto 4433 de 2004.

Refirió que la ley 131 de 1985 creó los soldados voluntarios y preciso en su artículo 4° *"El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada n un 60% del mismo salario"*.

señaló que posteriormente al expedirse el Decreto 1794 de 2000, que estableció en el artículo 1 "*los soldados profesionales que se vinculen a las fuerzas militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40% del mismo salario. Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengaran un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%*".

Dijo que el actor nunca elevó reclamación alguna ante su inconformidad y pese a que aduce en la demanda fue presionado para no instaurar dichas reclamaciones so pena de retirarlo del servicio, dichas aseveraciones no están demostradas en el proceso.

Refirió que se evidencia la aplicación de la ley más favorable al actor, pues bajo la vigencia de la Ley 131 de 1985 no preveía la posibilidad de reconocimiento de prestaciones sociales y al expedirse el Decreto 1794 de 2000, aplicable a los soldados profesionales, resultaba más beneficioso al demandante, razón por la cual la entidad la aplicó en garantía a sus derechos laborales, y ello implicaba bajo el principio de inescindibilidad que se le debía aplicar en todo el sentid, por lo que no es del recibo que se pretenda aplicar lo más favorable de una y otra norma.

2.1.2 De las excepciones propuestas.

Prescripción:

Afirmó que se debe declarar probada ésta excepción en razón a que el Decreto 1211 de 1990 regula en el artículo 174 la figura de la prescripción, cuatrienal la cual debe ser contada desde la fecha en que se hicieron exigibles los derechos.

Manifestó que como en el presente caso la reclamación se hizo superando el plazo señalado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, fuerza concluir que operó la prescripción.

Genérica:

Las que el Despacho encuentre probadas dentro del trámite del proceso de conformidad con lo contemplado por el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011. (fls. 49-51)

III.- TRASLADO DE EXCEPCIONES

Dentro del término legal se corrió traslado de las excepciones propuestas por la Nación -Ministerio de Defensa-Ejército Nacional- (fl.84), frente a las cuales la parte actora guardó silencio.

IV. AUDIENCIA INICIAL

Mediante auto del 14 de marzo de 2019 (fls.86) se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 180 del CPACA.

Dicha diligencia se llevó a cabo el día señalado (fls. 90-95) y se desarrolló dentro de los parámetros consagrados en dicho artículo saneando el proceso, fijando además el litigio en torno a los hechos y pretensiones.

Una vez las partes manifestaron su acuerdo en la fijación del litigo, se prosiguió a agotar la etapa de conciliación y a decretar las pruebas solicitadas por las partes, igualmente se decretaron pruebas de oficio.

V. AUDIENCIA DE PRUEBAS

De conformidad con lo previsto en el artículo 181 del CPACA, se practicó audiencia de pruebas en la cual se recaudaron las documentales decretadas en audiencia inicial, necesarias para proferir decisión de fondo, dicha diligencia fue celebrada el 23 de septiembre de 2019 (fls.121 y vto.). Diligencia en la que se consideró innecesario llevar a cabo audiencia de alegaciones y juzgamiento, motivo por el cual se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez días siguientes a la realización de la misma.

VI. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes se abstuvieron de presentar alegatos de conclusión.

VII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Delegada ante este Despacho, emitió concepto en los siguientes términos.

Señaló que se debe declarar la nulidad del acto administrativo demandado y accederse parcialmente a las pretensiones de la demanda ordenando el reajuste salarial y prestacional del 20% desde el 01 de noviembre de 2003 fecha en la que el demandante se incorporó como soldado profesional, con fundamento en la asignación salarial correspondiente a un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60%.

Dijo que ocurrió la prescripción cuatrienal prevista en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 respectivamente, teniendo en cuenta que la petición de reajuste salarial y prestacional del 20% se elevó hasta el 21 de marzo de 2017, motivo por el cual la entidad demandada le asiste la obligación de pagar al demandante el citado incremento a partir del 21 de marzo de 2013 y hasta la fecha en que se produjo el retiro de la fuerza pública, disponiéndose igualmente el pago hasta que se haya incluido la diferencia salarial y prestacional reclamada en nómina.

Finalmente manifestó que se debe ordenar a la entidad accionada que sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% se efectúen los descuentos por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar, en la proporción correspondiente y debidamente indexados, en aplicación de los principios de solidaridad, sostenibilidad financiera del sistema y equidad.

VIII. CONSIDERACIONES

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el Despacho que están reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se procede a proferir decisión de fondo en el asunto sometido a Litis.

8.1. Problema jurídico.

Teniendo en cuenta que en audiencia inicial[1] se estableció el problema a resolver este Despacho recordará enteramente como quedó fijado el mismo:

"Determinar si le asiste derecho al actor al reconocimiento y pago del reajuste salarial del 20% de la asignación básica establecida en virtud del inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, desde el mes de noviembre de 2003 hasta la fecha de su retiro.

En caso de accederse a lo anterior, deberá determinarse:

Folios 99-[illegible]

Si es posible la reliquidación del auxilio de cesantías con la inclusión del aumento de la asignación básica desde el mes de noviembre de 2003 a la fecha de retiro?

¿En caso de reconocerse el derecho al pago del 20% adicional y realizarse la reliquidación del auxilio de cesantías establecer si opera o no el fenómeno jurídico de la prescripción?"

8.2. Tesis del demandante

Insiste que el Comando del Ejército en forma arbitraria e inconsulta le disminuyó la asignación mensual a un salario mínimo incrementado en un 40% por el hecho de haber optado por la condición de soldado profesional a partir de noviembre de 2003, por lo que considera que su salario se le debe cancelar de acuerdo al inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

8.3. Tesis de la entidad demandada

El acto demandado es legal como quiera que se le dio aplicación a la ley más favorable para el actor pues indica que bajo la vigencia de la Ley 131 de 1985 no se preveía la posibilidad de reconocimiento de prestaciones sociales y al expedirse el Decreto 1794 de 2000, si hubo lugar a tal reconocimiento por lo que resulta más beneficioso al demandante la aplicación de dicho decreto de conformidad con el principio de inescindibilidad de la norma

8.4. Tesis del Despacho

Teniendo en cuenta que el señor **JOSE FRANCISCO REYES RODRIGUEZ** acreditó en el proceso que inició su vinculación en el Ejército Nacional prestando el servicio militar obligatorio, posteriormente, ingresó como soldado voluntario y finalmente, fue incorporado como profesional, le asiste el derecho de percibir el reajuste y pago del 20% adicional al salario y prestaciones sociales devengados desde el mes de noviembre de 2003, pero con efectos fiscales a partir del **21 de marzo de 2013,** por cuanto operó el fenómeno jurídico de la prescripción cuatrienal.

9. De la normatividad aplicable.

Régimen salarial y prestacional de los antiguos soldados voluntarios y de los soldados Profesionales.

La **Ley 131 de 1985**, *"Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario"*, instituyó el servicio militar voluntario para aquellos soldados que habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hayan sido aceptados.

> *"Artículo 2°. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.*
>
> *Parágrafo 1°. El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.*
>
> *Parágrafo 2°. La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.*
>
> *Artículo 3°. Las personas a que se refiere el artículo 2° de la presente Ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley.*
>
> *Artículo 4°. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del*

mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.

...

Así las cosas, son soldados voluntarios quienes después de haber terminado el servicio militar obligatorio, manifiesten su deseo de continuar prestando sus servicios por un término no inferior a 12 meses, quedando automaticamente regidos por las normas y reglamentos internos de la Institución y en contraprestación a ello devengarían una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario.

Posteriormente, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000 *"Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las Fuerzas militares y de policía nacional"* expidió el **Decreto 1793 de 2000** *"Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares"*, mediante el cual se introdujo una nueva categorización denominada soldados profesionales y se dispuso que los soldados voluntarios podían ser incorporados a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, a partir del 1° de enero de 2001, respetando la antigüedad en el servicio y el porcentaje de prima de antigüedad que venían percibiendo:

*"**ARTICULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES.** Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y de apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares para la conservación y restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.*

(...)

***ARTÍCULO 5. SELECCION.** Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior se someterán a un proceso de selección previo realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.*

En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán preferencia los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.

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

Con base en lo anterior, quienes antes del 31 de diciembre de 2000, ostentaban la calidad de soldados voluntarios de acuerdo a la Ley 131 de 1985, podían ser incorporados a las Fuerzas Militares en calidad de soldados profesionales, con la condición de haberlo comunicado expresamente, caso en el cual quedarían sujetos a las disposiciones contenidas en el citado decreto 1793 de 2000.

Por su parte, el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000 dispuso que el Gobierno Nacional expediría el régimen salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto en la **Ley 4ª de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos** y finalmente, el artículo 42 del Decreto referido prescribió como ámbito del mismo tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985 como a los nuevos soldados profesionales.

Así las cosas, en desarrollo de la Ley 4 de 1992 y de acuerdo a lo dispuesto en el mencionado artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1794 de 2000**

"Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares", en cuyo artículo 1 consignó:

> *"ARTÍCULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares deven garán un [...] salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.*
>
> *Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985 devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).*

Ahora bien, el parágrafo del artículo 2 del Decreto 1794 de 2000, dispuso lo siguiente:

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

De acuerdo a lo anterior es claro que el Decreto 1794 de 2000 estableció dos tipos de regímenes salariales para los soldados profesionales:

i) los soldados profesionales que se vinculaban a partir de la entrada en vigencia de la misma norma (31 de diciembre de 2000) devengarían como ingreso básico un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% y ii) los soldados que se encontraban en condición de voluntarios de acuerdo con la Ley 131 de 1985 y pasaran a soldados profesionales seguirían devengando el salario previsto inicialmente en el artículo 4° de la Ley 131/85, un salario mínimo legal vigente más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

En conclusión, los soldados que se encontraban vinculados al 31 de diciembre de 2000 según la Ley 131 de 1985, devengan un salario mínimo mensual vigente incrementado en un 60%, lo que se confirma con el parágrafo del artículo segundo del Decreto 1794 de 2000, es decir, se creó un régimen de transición a favor de los que antes se denominaban *"soldados voluntarios"*.

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento del reajuste salarial y prestacional del 20% reclamado por los soldados que se desempeñaban como voluntarios y luego se incorporaron como profesionales, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia proferida el **25 de agosto de 2016**, dentro del expediente CE-SUJ2-85001-33-33-002-2013-00060-01 (3420-2015) siendo ponente la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, unificó su criterio frente al tema, al determinar:

> *"(...) En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,* ***en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos****, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,[1] cuyo artículo 4° establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%".*
>
> *De esta manera,* ***se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les***

---

[1] Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.
[2] Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,[4] es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

...

Reglas jurisprudenciales

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

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

Segundo. *De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.*

Tercero. *Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera liquidada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.*

Cuarto. *La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente.* [negrilla fuera del texto]

En este punto resulta importante tratar el tema de la obligatoriedad de las sentencias de unificación, para lo cual se dirá que la Corte Constitucional en sentencia C-588 de 2012 precisó que el carácter vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado se fundamenta en que estas cumplen la función especial y específica de ordenar y clarificar el precedente aplicable.

En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, C.P. William Zambrano Cetina, de 10 de diciembre de 2013, señaló que en atención al grado de indeterminación de las normas jurídicas y de los múltiples operadores que pueden interpretarlas, las jurisdicciones cumplen una función de unificación jurisprudencial que le garantiza a la sociedad un cierto nivel de certeza respecto de los comportamientos aceptados dentro

---

[illegible]

[4] Por el cual se establece un incremento salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

[illegible]

[illegible] Por la cual se establecen normas sobre el servicio militar voluntario.

[illegible] "Artículo [illegible]. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto [illegible] prescribe en [illegible] (4) años."

[illegible] "Artículo [illegible]. Prescripción. Los derechos no reclamados en el término de prescripción de 4 años [illegible] desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo es válido por cualquier medio [illegible] derecho [illegible] la prescripción, pero si se interrumpe el lapso [illegible] el derecho al [illegible] prescribe en [illegible] años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo [illegible] Retiro de las Fuerzas Militares.

[illegible] Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por muerte o fallecimiento del personal de [illegible] Oficiales de las Fuerzas Militares.

[illegible] Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

de la comunidad" y a los individuos el derecho constitucional a que las decisiones *"se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico"* (seguridad jurídica).

Así las cosas, procederá este estrado judicial a analizar el presente caso atendiendo los lineamientos trazados en la sentencia de unificación enunciada, en atención a su carácter vinculante frente a las decisiones que se deban adoptar en relación con la materia que allí se estudió.

Frente a las reglas jurisprudenciales, para el caso sub examine se tendrá en cuenta:

Que de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Y por último se dirá que la reclamación tendiente a obtener el reajuste salarial debe sujetarse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990.

Derechos adquiridos

La Corte Constitucional en sentencia C-192/16, M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, dentro del expediente D-10974, de fecha veinte (20) de abril de dos mil dieciséis (2016), definió el concepto de derechos adquiridos y los diferenció de las meras expectativas en los siguientes términos:

> *"las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona."* [1]
>
> *Existirá entonces un derecho adquirido cuando durante la vigencia de la ley, el individuo logra cumplir con todos y cada uno de los requisitos establecidos en ella, lo cual configura la existencia de una determinada posición o relación jurídica.*
>
> *Es decir, si las condiciones fijadas en una ley para la protección de esa posición o relación jurídica se satisfacen en su integridad, se entiende que toma forma un derecho que hace parte del patrimonio de su titular. Dicho de otra manera, "cuando respecto de un determinado sujeto, los hechos descritos en las premisas normativas tienen debido cumplimiento."* [2]
>
> (...)
>
> *5.4. La jurisprudencia de la Corte ha diferenciado los derechos adquiridos de las meras expectativas, indicando que estas últimas "consisten en probabilidades de adquisición futura de un derecho que, por no haberse consolidado, pueden ser reguladas por el legislador, con sujeción a parámetros de justicia y equidad."* [3] *Las meras expectativas se predican, en consecuencia, de la situación en que se encuentran las personas que no han cumplido las condiciones previstas en la ley para la consolidación de una determinada posición o relación y por lo tanto no la han incorporado a su patrimonio.*

---

[1] Sentencia C-147/99 (M.P. Antonio Barrera Carbonell). Muchas otras providencias se han ocupado de esta materia. Cabe destacar la sentencia C-168 de 1995 (M. P. Carlos Gaviria Díaz) en la que la Corte adelantó un detenido análisis de este concepto en la doctrina y la jurisprudencia

[2] Sentencia C-242/09 (M.P. Mauricio González Cuervo)

[3] Sentencia C-242/09 (M.P. Mauricio González Cuervo). En la sentencia C-168 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) explicó la Corte: "Nuestro Estatuto superior protege expresamente, en el artículo 58, los derechos adquiridos y prohíbe al legislador expedir leyes que los vulneren o desconozcan, dejando por fuera de esa cobertura a las llamadas expectativas, cuya regulación compete al legislador, conforme a los parámetros de equidad y justicia que le ha trazado el propio Constituyente para el cumplimiento de su función."

5.5. La importancia de la distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas guarda además relación con las competencias radicadas en las diferentes autoridades para regular o intervenir en el ejercicio del derecho de propiedad y de los derechos adquiridos.

Así, en el caso de los derechos adquiridos, la Carta señala expresamente que ellos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por normas expedidas con posterioridad al cumplimiento de las condiciones para su surgimiento, de manera que, se trata de posiciones y relaciones jurídicas especialmente protegidas. Ello no se opone, como queda dicho, a que en los casos en los cuales los derechos de los particulares colisionen con motivos de utilidad pública o interés social se establezcan restricciones, cargas o modificaciones a su ejercicio o, incluso, se ordene la expropiación de la propiedad.

Sin embargo, cuando se trata de meras expectativas las autoridades competentes gozan de una competencia más amplia que les permite afectar las situaciones en curso. Ello es así dado que las meras expectativas, si bien pueden ser objeto de amparo en algunos eventos, no se encuentran comprendidas por el ámbito de protección del artículo 58 de la Carta aunque, en eventos excepcionales y por mandato del artículo 83 pueden imponer a las autoridades deberes de regulación especial a fin de respetar las exigencias de justicia y equidad".

De otra parte en provicencia del Tribunal Administrativo de Boyacá Sala de Decisión No. 4 del 25 de junio de los corrientes M.P. Javier Humberto Pereira Jáuregui, dentro del expediente 2014-00204-01, dispuso respecto de los derechos acquiridos:

"Cuando se trata de salarios y prestaciones sociales, existe además el principio de progresividad, según el cual, debe haber un mejoramiento progresivo y no una disminución real o nominal de los salarios y prestaciones, en concordancia con lo previsto en el artículo 53 de la Carta, el cual, para proteger los derechos del trabajador, dispuso que el Congreso de la República debía expedir un estatuto que contuviera entre otros los siguientes principios fundamentales: i) igualdad de oportunidades para los trabajadores; ii) remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, iii) Estabilidad en el empleo; iv) Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; vi) Facultades para transigir y conciliar sobre los derechos inciertos y discutibles; vi) Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; vii) Primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; viii) Garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; ix) Protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad; y x) El derecho al Pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

De igual forma, la Carta estipuló que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, adicionalmente, a la luz de los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados".

10. De lo efectivamente probado en el presente asunto.

Dentro del expediente se encuentra debidamente probados los siguientes hechos:

El accionante prestó servicio militar obligatorio en el Ejército Nacional entre el 14 de noviembre al 15 de mayo de 1999; que una vez terminado el período reglamentario fue aceptado como soldado voluntario a partir del 16 de mayo de 1999 hasta el 31 de octubre de 2003 (fl.65).

A partir del 1° de noviembre de 2003, el demandante fue promovido como soldado profesional (fls.65).

Mediante derecho de petición radicado el **21 de marzo de 2017**, el demandante solicitó a la Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, se le reconozca y pague la diferencia salarial del 20% mensual que sobre el salario mínimo legal vigente se ha dejado de cancelar desde el 01 de enero de 2001, así como las diferencias correspondientes a las cesantías, intereses a las cesantías, las primas de vacaciones, navidad, antigüedad, prima de servicio anual, prima de orden público, prima de actividad militar, subsidio familiar (fls.19-21 y 61-63).

Dando respuesta a la anterior petición, la entidad demandada profirió el oficio **No. 20173170523371: MDN-CGFM-COEJC-CEJEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 03 de abril de 2017**, manifestando que no era posible atender de manera favorable la solicitud debido a que la sección de nómina del Ejército, exclusivamente presupuesta las partidas incluidas en el sistema de informática del Ministerio de Defensa, el cual no contempla el reconocimiento de dicho salario bajo los parámetros solicitados (fl.16).

A folios 105-117 del expediente, se encuentran los haberes devengados por el SLP JOSE FRANCISCO REYES RODRÍGUEZ, correspondientes a los meses de enero de 2003 a febrero de 2018, certificados por la Coordinadora de Talento Humano del Ejército Nacional.

Así las cosas, se evidencia que el SLP JOSE FRANCISCO REYES RODRÍGUEZ, ingresó al Ejército Nacional a prestar el servicio militar desde el **14 de noviembre de 1997**, posteriormente como soldado voluntario desde el **16 de mayo de 1999 al 31 de octubre de 2003** y que se le incorporó como soldado profesional según OAP-EJC 1175 del 20 de octubre de 2003, **desde el 1º de noviembre de 2003 hasta el 30 de enero de 2018** (fl.65).

Por lo tanto, pese a que su incorporación como soldado profesional trajo consigo el reconocimiento de las prestaciones sociales que para este cargo fueron contempladas por el Decreto 1794 de 2000, lo cierto es, que en lo que respecta al salario básico mensual, la norma exceptuó a quienes al **31 de diciembre de 2000** se encontraban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, pues si se convirtieron posteriormente en soldados profesionales, para ellos se dispuso el pago de un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), supuesto normativo que le es aplicable al accionante.

Aunado a lo anterior, de las certificaciones vistas a folios 105 a 107 del expediente se pudo establecer sin lugar a dudas, que **antes del 1 de noviembre de 2003** al actor se le venía cancelando un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento ($60%), no obstante, a partir del **1 de noviembre de 2003** como soldado profesional se le empezó a cancelar un salario mínimo incrementado en un 40 por ciento (40%) y no como lo dispuso el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 referente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), pues a 31 de diciembre del año 2000 se encontraba como soldado voluntario bajo los postulados de la Ley 131 de 1985.

De ahí que habiéndose vinculado el demandante como soldado voluntario el 16 de mayo de 1999 en virtud de esa ley y a partir del 1 de noviembre de 2003 como soldado profesional, fuerza concluir que el actor se encuentra cobijado por el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y en consecuencia, debe obtener como salario básico un (1) salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo, situación que cabe decir no trasgrede el principio de inescindibilidad normativa a la luz del pronunciamiento del H. Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, como lo alegó en su contestación la entidad accionada.

Igualmente, resulta conveniente precisar, como lo argumentó la parte actora, que dicho reconocimiento va en favor de los derechos adquiridos por el demandante en vigencia del Decreto 131 de 198, en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 1794 de 2000 y de la Ley 4 de 1992 y dando alcance además a las voces de esa Alta Corporación de Justicia en la pluricitada sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016.

En consecuencia, en criterio de este despacho el acto acusado está viciado de nulidad como quiera que al accionante le asiste el derecho de percibir el reajuste de su salario en un 20% representado por la diferencia entre el monto reconocido - salario mínimo incrementado en 40% por aquel que debía devengar conforme el art. 1 inciso 2 del Decreto 1794 de 2000 – aumento del 60%- pues se acreditó en el proceso que el demandante inició su vinculación en el Ejército Nacional prestando el servicio militar obligatorio, posteriormente, ingresó como soldado voluntario y finalmente, fue incorporado como profesional, cumpliendo entonces el requisito señalado en esa norma.

Ahora bien, el despacho no puede pasar por alto que con la contestación de la demanda el Ministerio de Defensa aportó liquidaciones (fls.68-69), de los salarios y prestaciones sociales reajustados con un aumento del 20% al demandante desde el marzo de 2013 y hasta el diciembre de 2016, no obstante no se aportó los certificados o su equivalente de pagos.

Entonces, el despacho dirá como primera medida que si bien se ordenó y pago por parte de la entidad demandada el reajuste de la asignación básica del demandante, esto solo se cumplió frente al salario desde el **mes de junio del año 2017**, caso contrario en lo que respecta al reajuste de las prestaciones sociales y salarios con anterioridad a esta fecha.

Pues bien, pese a existir unos pagos de reajuste la asignación básica del 20% esta no satisface las pretensiones del demandante, como quiera que el solo se realizó una liquidación que no comprende todo periodo aquí demandado, y no se demostró pago alguno en el presente tramite, por lo tanto, es posible concluir que no es suficiente para tener por superado la solicitud, pues la inclusión en nómina y el pago del mismo resultan ser presupuestos indispensables, y se tiene solo aparece demostrado el reajuste desde mes de junio de 2017 y no así frente al periodo anterior a este mes que es parte de las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, se declarará la nulidad del acto demandado contenido en el oficio No. **20173170523371: MDN-CGFM-COEJC-CEJEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 03 de abril de 2017,** mediante el cual se negaron al demandante el reajuste salarial del 20% de todos y cada uno de los salarios y prestaciones devengados desde el mes de noviembre del año 2003, el cual fue expedido por la Sección de Nómina del Ejército Nacional, y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la demandada, **a que si no lo ha hecho**, pague al demandante el reajuste salarial y prestacional del **20%** equivalente a la diferencia que resulta entre el valor devengado por concepto de asignación mensual desde el 1° de noviembre del año 2003, a la devengada en **el mes de octubre del año 2003, hasta el 30 de mayo de 2017,** pues como ya se dijo en líneas anteriores, a partir del 1° de Junio de 2017, la entidad accionada comenzó a pagar su asignación básica con el incremento del salario mínimo más el 60%. De la misma forma, procederá a reliquidar las prestaciones que este haya devengado durante ese tiempo, tales como primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones, navidad, orden público y actividad militar, así como subsidio familiar y cesantías en el mismo aumento del 20%, de conformidad con el Decreto 1794 del año 2000, prestaciones sociales que **solo se señalan a título enunciativo,** pues el restablecimiento del derecho comprende todo aquello que el demandante haya devengado como retribución habitual por sus servicios.

11. De la Prescripción.

Ahora, procede el Despacho a pronunciarse frente a la excepción de "*prescripción*" propuesta por la parte demandada, toda vez que prosperaron las pretensiones de la demanda lo cual se hará siguiendo la regla número 4 de la Sentencia Unificación, en donde se estableció que el término prescriptivo en los asuntos como el que nos ocupa, es el consagrado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, en concordancia con los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968, norma que establece lo siguiente:

> *"ARTICULO 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles.*
>
> *El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho no prescrito por determinada interrumpe la prescripción pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de las mesadas reconocidas prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pertenece a la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares."*

En el sub examine se encuentra acreditado que mediante petición presentada por el actor **el día 21 de marzo de 2017** solicitó al Ejército Nacional la retribución o reajuste del 20% en las partidas salariales y prestacionales dejadas de percibir desde el mes de noviembre de 2003 (fls. 19-21, 61-68).

Obsérvese entonces que a la fecha de la presentación de la reclamación ya se encontraban prescritas las diferencias en los salarios que resultan del reajuste de la asignación salarial conforme al inciso 2° artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 causados con anterioridad al **21 de marzo de 2013.**

Quiere decir lo anterior, que la entidad reliquidará la asignación básica del demandante desde el 1° **de noviembre de 2003 hasta el 31 de mayo de 2017,** pero los efectos fiscales, solo se aplicarán para lo devengado a partir del 21 de marzo de 2013 por efectos de la prescripción.

En cuanto a la **prescripción del auxilio de cesantías**, es del caso señalar que el Consejo de Estado en sentencia de 13 de noviembre de 2014 (exp. 08001-23-33-000-2012-00472-01(4561-13) ponencia del Consejero Gerardo Arenas) reiteró que el término prescriptivo para dicha prestación "*comienza a contarse sólo a partir de la terminación del vínculo laboral*".

Para el presente caso se observa que el actor se desvinculó del Ejercito Nacional por tener derecho a la pensión el 30 de abril de 2018 (fl.65), por consiguiente, la reliquidación del auxilio de cesantías no se encuentra afectado por el fenómeno prescriptivo; así las cosas, la prescripción de las diferencias causadas operó de manera parcial.

De oficio, no se advierte la configuración de algún otro medio excepitivo.

12. La actualización de la condena.

El reconocimiento de las diferencias reconocidas deberá ajustarse en su valor dando aplicación a lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 del CPACA; en consecuencia:

El valor presente debe determinarse, multiplicando los reajustes dejados de pagar al demandante, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula pertinente se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

Además devengarán intereses conforme a los artículos 192 y 195 *ibídem*.

Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el inciso tercero y quinto del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia condenatoria.

Así mismo, la **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL** deberá dar cumplimiento al presente fallo dentro del término contemplado en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

13. Costas.

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

> "***ART. 188. Condena en costas.*** *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*"

No obstante, de conformidad con lo establecido en el numeral 5° del artículo 365 del Código General del Proceso, se tiene que, en caso de que prosperen parcialmente las pretensiones de la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas a la parte vencida.

Así las cosas, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el Despacho que si bien se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, en el presente asunto la demanda prosperó en forma parcial, por cuanto, se declaró parcialmente probada la excepción de Prescripción, razón por la que en el presente asunto el **Juzgado se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, con fundamento en la norma citada.**

Por lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO. DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE, la excepción de "*Prescripción*" propuesta por la Nación –Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Declarar la nulidad del Acto Administrativo contenido en el oficio No. **20173170523371: MDN-CGFM-COEJC-CEJEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 03 de abril de 2017,** mediante el cual le negaron al demandante el reajuste salarial del 20% de todos y cada uno de los salarios y prestaciones devengados desde el mes de noviembre del año 2003, el cual fue expedido por la Sección de Nómina del Ejército Nacional. Conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO. A título de restablecimiento del derecho **CONDENAR** al MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL a reconocer y pagar al demandante como asignación mensual lo equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, en lugar del 40% que se le reconoció, desde el 1° de noviembre de 2003 y hasta el 31 de mayo de 2017, de conformidad con lo motivado.

CUARTO. A título de restablecimiento del derecho **CONDENAR** al MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL a pagar al demandante, por efecto del reajuste de la asignación básica, la diferencia que resulta entre el valor devengado y el aumento del 20% de la asignación básica desde el 1° de noviembre de 2003 y hasta el 31 de mayo de 2017, con efectos fiscales a partir del **21 de marzo de 2013 por efecto de la prescripción cuatrienal.**

QUINTO. A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL a pagar al demandante, por efecto del reajuste de la asignación básica, la diferencia que resulta en las prestaciones tales como primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones, navidad, orden público y actividad militar, así como subsidio familiar, cesantías y todo lo que devengó habitualmente por sus servicios, desde el 1° de noviembre de 2003 y hasta el 31 de mayo de 2017, con efectos fiscales a partir del **21 de marzo de 2013 por efecto de la prescripción cuatrienal.**

SEXTO. ORDENAR a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL** a indexar las sumas adeudadas de conformidad con las previsiones del inciso final del artículo [illegible] de CPACA a efectos de que ésta pague su valor actualizado, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula en matemática financiera acogida por el Consejo de Estado y referida en la parte motiva de esta sentencia.

SEPTIMO.-NO CONDENAR en costas a la parte demandada, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO.- La **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL** dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192, 194 y 195 de CPACA y reconocerá los intereses en la forma prevista en el artículo 192 ibidem.

NOVENO.- Sobre las diferencias que se ordena reconocer y pagar a favor del demandante, la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL** deberá efectuar los descuentos de ley que correspondan.

DÉCIMO.- En firme, para su cumplimiento, por secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA; realizado lo anterior y verificado su cumplimiento (art. 298 CPACA), archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

Notifíquese y Cúmplase

EDITH MILENA RATIVA GARCIA
Juez

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

La sentencia anterior se notificó por estado N. 10 de Hoy 09 de marzo de 2020 a partir las 8:00 A.M.

SECRETARIO