



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

En Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-243
Demandante: GLORIA ELSY RODRIGUEZ PARRA
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
Tema: Sanción moratoria

Sentencia No. 14

Procede el Despacho a proferir Sentencia Anticipada de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral de la referencia

Pretensiones de la demanda

1. Que se declare la existencia y la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 08 de febrero de 2019 con ocasión a la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria radicada el 08 de noviembre 2018 ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional – Fomag a pagar a la demandante la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías parciales, contados desde los setenta (70) días hábiles de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada hasta cuando se hizo efectivo el pago.
3. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de la sanción moratoria tomando como base la variación del I.P.C., desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.
4. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria.
5. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A.
6. Que la demandada de cumplimiento a la sentencia que se dicte en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

Normas Violadas y Concepto de Violación: El demandante refirió el desconocimiento de las leyes 91 de 1989 en sus artículos 5 y 15, 244 de 1995 artículos 1 y 2 y 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

Estimó que la entidad ha estado vulnerando el derecho al pago oportuno de cesantías por cuanto las cancela por fuera de los términos de ley, generando una sanción a favor del demandante equivalente a 1 día de salario por cada día de retardo, tal y como lo dispone la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

Contestación de la demanda - Debidamente notificada la entidad demandada guardo silencio.

Alegatos de Conclusión

La demandante: se encuentra demostrado la fecha de pago de las cesantías y, con ello la procedencia de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, la Sentencia de Unificación, emitida por el H. Consejo de Estado de 18 de julio de 2018, dentro del expediente No. 73001-23-33-000-2014-00580 y, la sentencia SU -336 de 2017

La Demandada: Solicita la improcedencia de indexación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, argumentando es una penalidad de carácter económico y la no condena en cosas conforme al artículo 365 del Código General del Proceso y los pronunciamientos del Consejo de Estado

Problema jurídico: Corresponde en este asunto determinar si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el valor de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas reconocidas por la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante Resolución No.4741 de 28 de junio de 2017, en los términos del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 o si no le asiste tal derecho porque su régimen especial no lo contempla, como lo plantea la demandada.

Solución al problema jurídico: acogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, consideramos que el cargo docente se asimila a los cargos de los empleados públicos, razón por la que tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantías como beneficiaria del régimen general de los empleados públicos en los aspectos no regulados por la Ley 91 de 1989 (sentencias C-741 de 2012, C-486 de 2016, SU-336 de 2017 de la H. Corte Constitucional y SU-012 de 2018 del Consejo de Estado).

Hechos probados

- 1.- Solicitud de reconocimiento y pago de su cesantía definitiva ante la secretaria de educación de Bogotá 23 de marzo de 2017 (fl.18).
- 2.- Mediante la Resolución No.4741 de 28 de junio de 2017, la entidad reconoce y ordena el pago de su cesantía definitiva (fl.18-20).
- 3.- Según certificado del pago de las cesantías parciales quedó a disposición del demandante el 27 de julio de 2017 (fl.53)
- 4.- El 08 de noviembre de 2018, el demandante presenta solicitud de reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 1071 de 2006 (fls. 21)
- 5.- El salario percibido por el demandante en el año 2017 fue de \$ 3'120.336 (fl.28)

Análisis jurídico del caso. La Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados. Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y, los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional. En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, conservarían el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial y, a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero

de 1990, se les aplicarían un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.¹

Estando a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías y siendo aplicables a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990 las disposiciones jurídicas de carácter prestacional que se expidieran a futuro para los empleados públicos del orden nacional es procedente la aplicación de la sanción moratoria desarrollada por la Ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006 porque esta norma fue expedida a favor de todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, incluyendo las entidades que prestan servicios públicos y de educación del orden nacional y territorial en desarrollo del inciso final del artículo 53 de la C.P. en razón a que los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados de manera oportuna.²

El H. Consejo de Estado Subsección A³y, B⁴ y, la Corte Constitucional **SU336/17** han señalado la aplicabilidad de la sanción moratoria a favor de los docentes en razón a la Ley 1071 de 2006 que modificó la Ley 244 de 1995, dado que esta disposición normativa aplica a todos los empleados y trabajadores del estado como quedó contemplado en la exposición de motivos al advertir que "... la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo aparato del estado, no sólo a nivel nacional sino territorial"

La Corte Constitucional para llegar a la conclusión señalada asimiló a los docentes como empleados públicos por "existir importantes semejanzas, incluso identidades entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que, según explicó, son propias del trabajo de los docentes oficiales, entre ellas, cumplir tareas propias y típicas de entidades administrativas y la circunstancia de ser empleados de carrera, que se vinculan previo concurso, a través de un acto administrativo de nombramiento. Y, recordó que a partir de la ley 91 de 1989 en lo que tiene que ver con el pago de cesantías el FOMAG se rige por la normatividad aplicable a los empleados del sector

¹ El numeral 1° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, señala: " Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. 2. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley".

² Sobre la calidad de los docentes como de servidores públicos, indica la Ley 60 de 1993: "El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992.

Así mismo, la Ley 115 de 1994 señala que los docentes son: "Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial...".

³ sentencia del 21 de octubre de 2011 Radicación interna 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09) ponencia Gustavo Gómez Aranguren Actor Eduardo Montoya Villafañe, sentencia del 10 de julio de 2014 radicación No. 17001-23-33-000201-00080-01(2099-13) Ponencia de Luis Rafael Vergara Quintero. Actor Martha Lucia Hernández Clavijo y, sentencia del 17 de noviembre de 2016 radicación 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014) Ponencia de William Hernández Gómez. Actor Fabio Ernesto Rodríguez Díaz.

⁴ Sentencia del 22 de enero de 2015 con radicación 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14) Ponencia Sandra Lisseth Ibarra Vélez. Actor Yaneth Lucia Gutiérrez Gutiérrez y sentencia del 14 de diciembre de 2015 con radiación 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14). Actor Diva Liliana Diago de Castillo.

público nacional ⁵, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, se debe dar aplicación al criterio de la condición que resulte más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.⁶⁷ El Consejo de Estado, mediante Sentencia de Unificación SU-012 de 2018, reiteró que los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

Marco normativo de la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías La sanción moratoria es una sanción a favor del trabajador con el propósito de resarcir los daños que se causaron a éste con ocasión del incumplimiento en el pago de sus cesantías. Su objeto es proteger el derecho de los servidores a percibir la liquidación de sus cesantías.⁸

⁵ Sentencia C-486 de 2016.

⁶ De conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Constitución la legislación en materia laboral debe garantizar ciertos principios mínimos a favor del trabajador, como lo son “la igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”. El principio de favorabilidad ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como aquel que se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. Según ha sostenido la Corte, en estos eventos “los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social” (sentencia T-832A de 2013). En otras palabras, si bien los jueces, incluyendo las Altas Cortes, tienen un amplio margen de interpretación en las normas laborales, “no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquél que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. En consecuencia, una conducta contraria configura un defecto que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, por desconocimiento directo del artículo 53 Constitucional” (sentencia T-350 de 2012).

⁷ Señala la Corte: “... La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido. (ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989. (iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales. (v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales. (vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución. (vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012)”

⁸ La sanción moratoria de manera particular, se encuentra desarrollada por la ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006, publicada el 31 de julio de 2006, así: “ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación. ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará 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 trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro. 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

Según la norma y conforme con la sentencia del 17 de noviembre de 2016, radicado interno 1520-2014, reiterando la sentencia del 27 de marzo de 2007, radicado interno 2777-04, la Administración debe liquidar a los funcionarios o exfuncionarios las cesantías parciales o definitivas dentro de los 15 días siguientes a la solicitud y, una vez agotado el procedimiento administrativo, tiene 45 días hábiles para pagarla; si en éste término no se cumple, a partir del día siguiente, deberá cancelar al servidor o exservidor un día de salario por cada día de retardo, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en dicha disposición normativa.

De esta forma, las entidades empleadoras, dentro de los **quince (15) días** hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas o parciales, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5º de la misma ley, tienen un plazo máximo de **cuarenta y cinco (45) días** hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo para cancelar la prestación.

Contabilización de los términos en el caso estudiado. Revisados los documentos, se observa que la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías se presentó ante la Secretaría de Educación de Bogotá el **día 23 de marzo de 2017**; en consecuencia, para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se causa la mora a partir del **11 de julio de 2017**, partiendo del hecho que el **17 de abril de 2017** se cumplieron los 15 días para que la entidad proferiera el acto administrativo que liquidara y reconociera el pago de las cesantías parciales; 10 días más de ejecutoria que finalizan el **2 de mayo de 2017** de conformidad con el C.P.A.C.A., debiendo quedar en firme el acto en esta fecha; seguidamente, se deben contabilizar 45 días para cancelar la prestación los cuales **se cumplieron el 10 de julio de 2017**; por tanto, el día siguiente, es decir, desde el **11 de julio de 2017** hasta el **26 de julio de 2017** fecha anterior en que se efectuó el pago según certificado visible a folio 53, es el rango de tiempo dentro del cual se debe contabilizar la sanción moratoria que debe pagar el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como quiera que la demandante se encuentra dentro del supuesto consagrado en el parágrafo del artículo 5º de la ley 1071 de 2006, tiene derecho al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías hasta que se hizo efectivo su pago.

Prescripción. - Conforme con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁹, se ha de indicar que, de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que la mora, objeto de las pretensiones, se generó a partir del **11 de julio de 2017** y la reclamación se realizó el **08 de noviembre 2018** (fl.21), ante la Secretaría de Educación de Bogotá - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Como quiera que la demandante tenía hasta el **11 de julio de 2020** para reclamar la sanción moratoria, en el presente caso no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción.

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

⁹ En lo concerniente a la prescripción en sentencia del quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018), con Ponencia del H. Consejero William Hernández Gómez, la Subsección A –Sección Segunda del Consejo de Estado⁹, estableció lo siguiente “Prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 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 accesorios 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 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, si 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 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, 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, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990”.

Salario que se debe tener en cuenta para la liquidar la sanción la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 del Honorable Consejo de Estado indicó que para las cesantías será la asignación básica que devengue el servidor público al momento de causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo y para la liquidación en los términos del artículo 134 del CST se toma en cuenta que el mes tiene 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses equivale a 360 días al año¹⁰, así:

Salario mensual	Salario diario	Fecha de inicio de la mora	Día anterior al Pago	Días en mora	Total, sanción por mora
\$3'120.336 ¹¹	104.011 ¹²	11-07-2017	26-07-2017	15 ¹³	\$1'560.168 ¹⁴

Conforme la liquidación realizada anteriormente, se tiene que el valor que debe pagar la entidad demandada por sanción mora por pago tardío de las cesantías definitivas de la accionante, es de **\$1'560.168 pesos**.

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero Ahora bien, en torno a la solicitud de indexación, este Despacho acoge el criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, en la cual examinó la exequibilidad del párrafo transitorio del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, al no resultar razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella¹⁵. Por tal razón este Despacho no accederá a la pretensión de indexación solicitada, siendo ésta la línea adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado:

"[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996¹⁶, la jurisprudencia del Consejo de Estado ¹⁷ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que "la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades

¹⁰ La Sentencia T-248 de 2008 menciona la sentencia del 10 de noviembre de 1982, dictada dentro del expediente No. 3524, en donde actuó como ponente el doctor Álvaro Orejuela Gómez, la cual fue reiterada en fallos del 12 de septiembre de 1996, expediente No. 9171, Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro y del 20 de noviembre de 1998, expediente No. 13310, la Sección Segunda sostuvo; "(...)Para nadie es desconocido que al servidor público, se le señala una remuneración mensual única, tomando el mes como de treinta días, independiente de que éste tenga 28 o 31. En el mismo sentido, en el campo privado, el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo contempla de manera enfática que "El salario en dinero debe pagarse por períodos iguales y vencidos, en moneda legal." Así, si para el salario mensual se toma en cuenta el mes de 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses que componen un año equivale a 360 días al año, es lógico, indiscutible y correcto, que la misma regla deba aplicarse para las cotizaciones obligatorias de los distintos regímenes (...)"

¹¹ Salario recibido en el año 2017, según certificación obrante a folio 28.

¹² Resultado de \$3'120.336/30 días

¹³ Días comprendidos entre el 11 de julio de 2017 hasta el 26 de julio de 2017, de 30 días del mes.

¹⁴ Resultado de: 104.011*15

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996 "(...) [L]a sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el párrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. (...)".

¹⁶ Mediante la cual la Corte declaró exequible el párrafo transitorio del artículo 3.º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: "Así, el párrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...) En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella" (Resaltado no es del texto original).

¹⁷ Por mencionar una de tantas, se puede consultar la sentencia del 31 de enero del 2008 de la Sección Segunda, Subsección A, radicado interno 7749-05, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995¹⁸ [...]

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.¹⁹

Es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.²⁰

Los intereses A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del C.P.A.C.A., a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Costas El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que *“Salvo en los procesos 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”*. El numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso²¹, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado²² ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá

¹⁸ Sentencia del 5 de agosto de 2010 de la Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 1521-2010, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “A” Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 Número Interno: 1520-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación SU-012 de 2018.

²¹ Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

²² Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.²³

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, dado que no se evidencia temeridad o mala fe, aunado a la falta de pruebas sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA EXISTENCIA del acto ficto o presunto configurado el 08 de febrero de 2019 con ocasión a la petición presentada el día 08 de noviembre de 2018, al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD del acto ficto demandado, conforme con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, a pagar**, en favor de la señora **GLORIA ELSY RODRÍGUEZ PARRA** en el periodo comprendido entre el 11 de julio de 2017 hasta el 26 de julio de 2017, **con 15 días de mora**, que equivalen a la suma de **\$ 1'560.168 pesos**, en los términos de la parte motiva de este fallo.

CUARTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El acto será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

SEXTO. SIN COSTAS en esta instancia.

SÉPTIMO. Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada el contenido de este fallo. Así mismo, expídase copia de este fallo a las partes de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P. si así lo solicitan y archívese el proceso previo registro por el sistema siglo XXI.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

²³ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley" Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172019-00243
Demandante: Gloria Elsy Rodríguez Parra
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación: **f402dc6f6620984273f49f0127c11eb0c5264843c31d26fbaff13e4cbf5f2c59**
Documento generado en 14/09/2020 09:00:55 a.m.



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

En Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2019-00201

Demandante: CLAUDIA PATRICIA BAQUERO ROJAS

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG

Tema: Sanción moratoria

Sentencia No. 20

Procede el Despacho a proferir Sentencia Anticipada de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, artículo 13, numeral 1°

Pretensiones de la demanda

1. Que se declare la existencia y la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 07 de septiembre de 2018 con ocasión a la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria radicada el 07 de junio de 2018 ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional – Fomag a pagar a la demandante la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías parciales, contados desde los setenta (70) días hábiles de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada hasta cuando se hizo efectivo el pago.
3. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de la sanción moratoria tomando como base la variación del I.P.C., desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.
4. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria.
5. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A.
6. Que la demandada de cumplimiento a la sentencia que se dicte en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

Normas Violadas y Concepto de Violación: El demandante refirió el desconocimiento de las leyes 91 de 1989 en sus artículos 5 y 15, 244 de 1995 artículos 1 y 2 y 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

Estimó que la entidad ha estado vulnerando el derecho al pago oportuno de cesantías por cuanto las cancela por fuera de los términos de ley, generando una sanción a favor del demandante equivalente a 1 día de salario por cada día de retardo, tal y como lo dispone la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

Contestación de la demanda - Debidamente notificada la entidad demandada señaló que la sanción dispuesta en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 no puede aplicarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por tener los docentes un régimen especial.

Manifiesta que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, no expidió el acto administrativo que reconoció la prestación social, ya que fue expedido por la Secretaría de Educación respectiva en uso de las facultades que le confirió el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el decreto 2831 de 2005. Referente a la sanción por mora por el no pago oportuno de las cesantías, señala que por ser una sanción legal no se

jadmin17bta@notificacionesrj.gov.co

Cra. 57 N. 43-91, Piso 4

extiende a los docentes en razón a que Ley docente no la incorpora, en consecuencia, arguye que no puede aplicarse la sanción moratoria de la ley 1071 de 2006 ya que ésta no puede aplicarse por analogía (fls.64-74).

Alegatos de Conclusión

La demandante: se encuentra demostrado la fecha de pago de las cesantías y, con ello la procedencia de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, la Sentencia de Unificación, emitida por el H. Consejo de Estado de 18 de julio de 2018, dentro del expediente No. 73001-23-33-000-2014-00580 y, la sentencia SU -336 de 2017

La Demandada: Solicita la improcedencia de indexación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, argumentando es una penalidad de carácter económico y la no condena en cosas conforme al artículo 365 del Código General del Proceso y los pronunciamientos del Consejo de Estado

Problema jurídico: Corresponde en este asunto determinar si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el valor de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías reconocidas por la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante Resolución No.8255 de 15 de noviembre 2016, en los términos del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 o si no le asiste tal derecho porque su régimen especial no lo contempla, como lo plantea la demandada.

Solución al problema jurídico: acogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, consideramos que el cargo docente se asimila a los cargos de los empleados públicos, razón por la que tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantías como beneficiaria del regimen general de los empleados publicos en los aspectos no regulados por la Ley 91 de 1989 (sentencias C-741 de 2012, C-486 de 2016, SU-336 de 2017 de la H. Corte Constitucional y SU-012 de 2018 del Consejo de Estado).

Hechos probados

- 1.- Solicitud de reconocimiento y pago de su cesantía parcial ante la Secretaría de educación de Bogotá 23 de mayo de 2016 (fl.23).
- 2.- Mediante la Resolución No.8255 de 15 de noviembre de 2016, la entidad reconoce y ordena el pago de su cesantía parcial (fl.23-25).
- 3.- Según certificado del pago de las cesantías parciales quedó a disposición de la demandante el 27 de enero de 2017 (fl.27)
- 4.- El 07 de junio de 2018, la demandante presenta solicitud de reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 1071 de 2006 (fls.20-22)
- 5.- El salario percibido por el demandante en el año 2016 fue de \$3'120.336 (Fl. Expediente administrativo que se encuentra en CD (fl.63)

Análisis jurídico del caso. La Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados. Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y, los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional. En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, conservarían el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial y, a los

docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.¹

Estando a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías y siendo aplicables a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990 las disposiciones jurídicas de carácter prestacional que se expidieran a futuro para los empleados públicos del orden nacional es procedente la aplicación de la sanción moratoria desarrollada por la Ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006 porque esta norma fue expedida a favor de todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, incluyendo las entidades que prestan servicios públicos y de educación del orden nacional y territorial en desarrollo del inciso final del artículo 53 de la C.P. en razón a que los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados de manera oportuna.²

El H. Consejo de Estado Subsección A³y, B⁴ y, la Corte Constitucional **SU336/17** han señalado la aplicabilidad de la sanción moratoria a favor de los docentes en razón a la Ley 1071 de 2006 que modificó la Ley 244 de 1995, dado que esta disposición normativa aplica a todos los empleados y trabajadores del estado como quedó contemplado en la exposición de motivos al advertir que "... la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo aparato del estado, no sólo a nivel nacional sino territorial"

La Corte Constitucional para llegar a la conclusión señalada asimiló a los docentes como empleados públicos por "existir importantes semejanzas, incluso identidades entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que, según explicó, son propias del trabajo de los docentes oficiales, entre ellas, cumplir tareas propias y típicas de entidades administrativas y la circunstancia de ser empleados de carrera, que se vinculan previo concurso, a través de un acto administrativo de nombramiento. Y, recordó que a partir de la ley 91 de 1989 en lo que tiene que ver con el pago de cesantías el FOMAG se rige por la normatividad aplicable a los empleados del sector público

¹ El numeral 1° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, señala: "Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. 2. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley".

² Sobre la calidad de los docentes como de servidores públicos, indica la Ley 60 de 1993: "El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992.

Así mismo, la Ley 115 de 1994 señala que los docentes son: "Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial..."

³ sentencia del 21 de octubre de 2011 Radicación interna 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09) ponencia Gustavo Gómez Aranguren Actor Eduardo Montoya Villafañe, sentencia del 10 de julio de 2014 radicación No. 17001-23-33-000201-00080-01(2099-13) Ponencia de Luis Rafael Vergara Quintero. Actor Martha Lucia Hernández Clavijo y, sentencia del 17 de noviembre de 2016 radicación 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014) Ponencia de William Hernández Gómez. Actor Fabio Ernesto Rodríguez Díaz.

⁴ Sentencia del 22 de enero de 2015 con radicación 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14) Ponencia Sandra Lisseth Ibarra Vélez. Actor Yaneth Lucia Gutiérrez Gutiérrez y sentencia del 14 de diciembre de 2015 con radiación 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14). Actor Diva Liliana Diago de Castillo.

nacional⁵, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, se debe dar aplicación al criterio de la condición que resulte más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.⁶⁷

El Consejo de Estado, mediante Sentencia de Unificación SU-012 de 2018, reiteró que los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

Marco normativo de la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías La sanción moratoria es una sanción a favor del trabajador con el propósito de resarcir los daños que se causaron a éste con ocasión del incumplimiento en el pago de sus cesantías. Su objeto es proteger el derecho de los servidores a percibir la liquidación de sus cesantías.⁸

⁵ Sentencia C-486 de 2016.

⁶ De conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Constitución la legislación en materia laboral debe garantizar ciertos principios mínimos a favor del trabajador, como lo son "la igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad". El principio de favorabilidad ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como aquel que se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. Según ha sostenido la Corte, en estos eventos "los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social" (sentencia T-832A de 2013). En otras palabras, si bien los jueces, incluyendo las Altas Cortes, tienen un amplio margen de interpretación en las normas laborales, "no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquél que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. En consecuencia, una conducta contraria configura un defecto que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, por desconocimiento directo del artículo 53 Constitucional" (sentencia T-350 de 2012).

⁷ Señala la Corte: "... La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido. (ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989. (iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales. (v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales. (vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución. (vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012) "

⁸ La sanción moratoria de manera particular, se encuentra desarrollada por la ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006, publicada el 31 de julio de 2006, así: **"ARTÍCULO 1o. OBJETO.** La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación. **ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN.** Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará 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 trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro. **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

Según la norma y conforme con la sentencia del 17 de noviembre de 2016, radicado interno 1520-2014, reiterando la sentencia del 27 de marzo de 2007, radicado interno 2777-04, la Administración debe liquidar a los funcionarios o exfuncionarios las cesantías parciales o definitivas dentro de los 15 días siguientes a la solicitud y, una vez agotado el procedimiento administrativo, tiene 45 días hábiles para pagarla; si en éste término no se cumple, a partir del día siguiente, deberá cancelar al servidor o exservidor un día de salario por cada día de retardo, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en dicha disposición normativa.

De esta forma, las entidades empleadoras, dentro de los **quince (15) días** hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas o parciales, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° de la misma ley, tienen un plazo máximo de **cuarenta y cinco (45) días** hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo para cancelar la prestación.

Contabilización de los términos en el caso estudiado. Revisados los documentos, se observa que la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías se presentó ante la Secretaría de Educación de Bogotá el **23 de mayo de 2016**; en consecuencia, para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se causa la mora a partir del **06 de septiembre de 2016**, partiendo del hecho que el **15 de junio de 2016** se cumplieron los 15 días para que la entidad proferiera el acto administrativo que liquidara y reconociera el pago de las cesantías parciales; 10 días más de ejecutoria que finalizan el **29 de junio de 2016** de conformidad con el C.P.A.C.A., debiendo quedar en firme el acto en esta fecha; seguidamente, se deben contabilizar 45 días para cancelar la prestación los cuales **se cumplieron el 05 de septiembre de 2016**; por tanto, el día siguiente, es decir, desde el **06 de septiembre de 2016** hasta el **26 de enero de 2017** fecha anterior en que se efectuó el pago según certificado visible a folio 27, es el rango de tiempo dentro del cual se debe contabilizar la sanción moratoria que debe pagar el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como quiera que la demandante se encuentra dentro del supuesto consagrado en el parágrafo del artículo 5° de la ley 1071 de 2006, tiene derecho al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías hasta que se hizo efectivo su pago.

Prescripción. - Conforme con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁹, se ha de indicar que, de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que la mora, objeto de las pretensiones, se generó a partir del **06 de septiembre de 2016** y la reclamación se realizó el **07 de junio de 2018** (fl.20-21), ante la Secretaría de Educación de Bogotá - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Como quiera que la demandante tenía hasta el **06 de septiembre de 2019** para reclamar la sanción moratoria, en el presente caso no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción.

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

⁹ En lo concerniente a la prescripción en sentencia del quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018), con Ponencia del H. Consejero William Hernández Gómez, la Subsección A –Sección Segunda del Consejo de Estado⁹, estableció lo siguiente “Prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 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 accesorios 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 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 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, previamente citados, consiste en que tales de 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, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990”.

Salario que se debe tener en cuenta para la liquidar la sanción la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 del Honorable Consejo de Estado indicó que para las cesantías será la asignación básica que devengue el servidor público al momento de causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo y para la liquidación en los términos del artículo 134 del CST se toma en cuenta que el mes tiene 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses equivale a 360 días al año¹⁰, así:

<u>Salario mensual</u>	<u>Salario diario</u>	<u>Fecha de inicio de la mora</u>	<u>Día anterior al Pago</u>	<u>Días en mora</u>	<u>Total, sanción por mora</u>
\$3'120.336 ¹¹	104.011 ¹²	06-09-2016	26-01-2017	140 ¹³	\$14'561.568 ¹⁴

Conforme la liquidación realizada anteriormente, se tiene que el valor que debe pagar la entidad demandada por sanción mora por pago tardío de las cesantías definitivas de la accionante, es de **\$14'561.568 pesos**

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero Ahora bien, en torno a la solicitud de indexación, este Despacho acoge el criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, en la cual examinó la exequibilidad del parágrafo transitorio del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, al no resultar razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella¹⁵. Por tal razón este Despacho no accederá a la pretensión de indexación solicitada, siendo ésta la línea adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado:

“[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996¹⁶, la jurisprudencia del Consejo de Estado ¹⁷ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que “la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en

¹⁰ La Sentencia T-248 de 2008 menciona la sentencia del 10 de noviembre de 1982, dictada dentro del expediente No. 3524, en donde actuó como ponente el doctor Álvaro Orejuela Gómez, la cual fue reiterada en fallos del 12 de septiembre de 1996, expediente No. 9171, Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro y del 20 de noviembre de 1998, expediente No. 13310, la Sección Segunda sostuvo: “(...)Para nadie es desconocido que al servidor público, se le señala una remuneración mensual única, tomando el mes como de treinta días, independiente de que éste tenga 28 o 31. En el mismo sentido, en el campo privado, el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo contempla de manera enfática que “El salario en dinero debe pagarse por períodos iguales y vencidos, en moneda legal.” Así, si para el salario mensual se toma en cuenta el mes de 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses que componen un año equivale a 360 días al año, es lógico, indiscutible y correcto, que la misma regla deba aplicarse para las cotizaciones obligatorias de los distintos regímenes (...).”

¹¹ Salario recibido en el año 2016, según certificación obrante en el expediente administrativo cd folio 63.

¹² Resultado de \$3'120.336/30 días

¹³ Días comprendidos entre el 06 de septiembre de 2016 hasta el 26 de enero de 2017, de 30 días del mes.

¹⁴ Resultado de: 104.011*140

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996 “(...) [L]a sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía, sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. (...)”.

¹⁶ Mediante la cual la Corte declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3.º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: “Así, el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...) En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella” (Resaltado no es del texto original).

¹⁷ Por mencionar una de tantas, se puede consultar la sentencia del 31 de enero del 2008 de la Sección Segunda, Subsección A, radicado interno 7749-05, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995¹⁸ [...]

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.¹⁹

Es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.²⁰

Los intereses A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del C.P.A.C.A., a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Costas El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que *“Salvo en los procesos 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”*. El numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso²¹, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado²² ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.²³

¹⁸ Sentencia del 5 de agosto de 2010 de la Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 1521- 2010, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “A” Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 Número Interno: 1520-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación SU-012 de 2018.

²¹ Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el párrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

²² Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

²³ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley” Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172019-00201
Demandante: Claudia Patricia Baquero Rosas
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, dado que no se evidencia temeridad o mala fe, aunado a la falta de pruebas sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA EXISTENCIA del acto ficto o presunto configurado el 07 de septiembre de 2018, con ocasión a la petición presentada el día 07 de junio de 2018, al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD del acto ficto demandado, conforme con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, **a pagar**, en favor de la señora CLAUDIA PATRICIA BAQUERO ROSAS en el periodo comprendido entre el 06 de septiembre de 2016 hasta el 26 de enero de 2017, **con 140** días de mora, que equivalen a la suma de **\$ 14'561.568 pesos**, en los términos de la parte motiva de este fallo.

CUARTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El acto será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

SEXTO. SIN COSTAS en esta instancia.

SÉPTIMO. Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada el contenido de este fallo. Expídase copia de este fallo a las partes de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P. si así lo solicitan y archívese el proceso previo registro por el sistema siglo XXI.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172019-00201
Demandante: Claudia Patricia Baquero Rosas
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación:

3a55e6d329ab98e96acba6f285cc628c63a55571808f194b179824375d752f17

Documento generado en 14/09/2020 09:00:02 a.m.



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2019-00165-00

Demandante: Isabel Naged Gamboa

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG

Tema: Descuentos en Salud mesada adicional

Sentencia No. 38

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación, presentados los alegatos de las partes, no evidenciando nulidad que vice lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del Medio de Control de la referencia teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

- 1.- Solicita se declare la existencia y la nulidad del acto ficto constituido el 24 de enero de 2019 con ocasión a la petición presentada el día 24 de octubre de 2018 ante el Ministerio de Educación de educación.
- 2.- A título de restablecimiento y derecho se ordene el reintegro de todos los descuentos del 12% realizados con destino a la salud, sobre la mesada adicional de diciembre, así como suspender el mencionado descuento.
- 3.- La anterior suma se entregará indexada conforme con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el D.A.N.E., el cumplimiento al fallo en los términos previstos en los artículos 192 y ss de la Ley 1437 de 2011 y condena en costas contra la demandada.

Concepto De Violación: Citó como normas violadas los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48, 49, 53 y 58 de la Constitución Política, la ley 4 de 1966 y su decreto reglamentario 1743 de 1966, ley 6 de 1945, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, ley 91 de 1989, decreto 1073 de 2003, ley 1250 de 2008 y 812 de 2003 art. 81.

Señala que el incremento de los aportes en salud conforme el artículo 81 de la ley 812 de 2003 los obliga a asumir la totalidad de los aportes de la cotización del 12%, toda vez que la norma remite a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. De esta forma el incremento de la cotización y su remisión a la Ley 100, no es otra que la derogatoria del numeral 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989, razón por la que resulta aplicable lo señalado en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002 al establecer que de conformidad con los artículos 50 y 142 de la ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales. De igual manera aporta extractos de jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Consejo de Estado, los cuales no avalan los descuentos por concepto de salud de las mesadas adicionales por cuanto al realizar el descuento en la mesada adicional se descontaría el 24%.

Alegatos conclusivos:

El apoderado de la parte demandante, alegó de conclusión, reiteró los argumentos expuestos en la demanda, para lo cual citó nuevamente la normatividad aplicable e indicó, que desde el año 2003, el régimen de cotización en salud a cargo del sector docente pensionado, es el mismo que se aplica para los destinatarios de la Ley 100 de 1993 y por mandato expreso de la Ley 812 de 2003, no es dable otorgar un tratamiento diferente a los docentes oficiales pensionados. Agregó, que los artículos 50 y

142 de la Ley 100 de 1993, establecieron las mesadas adicionales de junio y diciembre y que sobre la prohibición de los descuentos en salud sobre dichas mesadas, se pronunció el H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 16 de diciembre de 1997, agregando, que las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud con la Ley 812 de 2003, se remitieron tácitamente a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que no contemplan dichos descuentos, al igual que el Decreto 1833 de 2016, artículo 2.2.8.5.1.

Problema jurídico Consiste en establecer si es procedente declarar la nulidad del acto demandado por la derogatoria del inciso 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989 por parte del inciso 4 del artículo 81 de la ley 812 de 2003 el cual remite a la ley 100 de 1993 el tema de los descuentos en salud y la aplicabilidad de la ley 43 de 1984 y el parágrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002 en donde se prohíbe descuento alguno sobre **las mesadas pensionales adicionales** o si por el contrario, como lo señala la entidad demandada, es procedente realizar los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales conforme con el inciso 5° del artículo 8 de la ley 91 de 1989 porque el inciso 4 del artículo 81 de la ley 812 de 2003 solo reguló el valor total de la tasa de cotización por parte de los docentes afiliados al Fondo Nacional a la suma de aportes que para salud e establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, sin modificar la obligación de los afiliados a aportar sobre las mesadas adicionales

Solución al problema jurídico: es procedente declarar la nulidad del acto demandado dado que la interpretación más acorde con la Constitución Política, especialmente con el derecho a la igualdad es la de que en el ejercicio de la autonomía legislativa la Ley 812 de 2003 determinó la regulación de la cotización en salud sobre las mesadas ordinarias mas no sobre las mesadas adicionales las cuales son una prestación separable del sistema especial razón por la que la prohibición del régimen general es aplicable también a los docentes de conformidad con la ley 43 de 1984 y el artículo 1 del decreto 1073 de 2002.

Hechos probados

. - Resolución de reconocimiento de pensión por aportes No. 0845 de 31 enero de 2012 efectiva a partir del 02 de diciembre de 2010 (folios 6-8)

.-Petición de devolución de descuentos en salud sobre las mesadas adicionales, radicada el 24 de octubre de 2018 (fl. 13).

.-Extracto de pagos en donde se evidencia los descuentos del 12% por salud sobre las mesada adicional de diciembre (fls.17-18)

Disposición normativa, estudio sobre la violación al derecho a la igualdad y, la prohibición del régimen general de realizar cualquier descuento sobre las mesadas adicionales tal como se dispone en el parágrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002

El artículo 8° de la Ley 91 de 1989 posibilita la deducción del 5% de cada una de las mesadas, incluidas las mesadas adicionales.

No obstante, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 incrementa la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados quienes asumen la totalidad de la cotización del 12%, toda vez que la norma remitió el asunto a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Sobre este tema es dable anotar que la Ley podía ordenar a los pensionados asumir integralmente la cotización en salud. En efecto, la sentencia C-126 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero, declaró exequible el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, que precisamente establece esa obligación en cabeza de los pensionados. La Corte consideró que, en desarrollo del principio de solidaridad (CP art. 1°), y con el fin de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social

en salud, bien podía la ley ordenar que los pensionados asumieran esa cotización, teniendo en cuenta la reducción del número de trabajadores activos por pensionado, y que en el momento en que la persona reúne los requisitos para acceder a la pensión, entonces cesa su obligación de cotizar por tal concepto, y por ello, *“y sin que existan equivalencias matemáticas, la disminución del ingreso del jubilado, por cuanto debe asumir integralmente su cotización en salud, es en parte compensada por el hecho de que cesa la obligación de aportar para pensiones”*.

En esas circunstancias, señaló la Corte que no es inconstitucional que la norma acusada hubiera ordenado a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cubrir toda su cotización en salud.

El interrogante que subsiste es si la norma debió o no prever una regulación igual que en el régimen general que prohíbe descuento alguno sobre las mesadas pensionales adicionales (párrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002¹)

¿Hubo una presunta omisión legislativa? ¿el Congreso tenía la obligación de establecer para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que se han regido por un régimen de seguridad social específico, un mecanismo idéntico que prohíba descuento alguno sobre las mesadas adicionales tal como lo ordena el artículo 1 del decreto 1073 de 2002 establecido para los pensionados del régimen general de seguridad social?

El demandante considera que la ley tiene qué tratar de la misma manera a los pensionados del sistema general y a los pensionados del régimen especial docente, por esta razón el incremento de la cotización y su remisión a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, tiene como efecto la derogatoria tácita del numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989.

La Carta Política no establece diferenciaciones dentro del universo de los pensionados. Por el contrario, consagra la especial protección de las pensiones y de las personas de la tercera edad. No obstante, el legislador puede diseñar regímenes especiales para determinado grupo de pensionados, siempre que tales regímenes se dirijan a la protección de bienes o derechos constitucionalmente protegidos y no resulten discriminatorios. Es el caso del establecimiento de un régimen pensional especial para la protección de los derechos adquiridos por un determinado sector de trabajadores.

El respeto por los derechos adquiridos reviste aún mayor fuerza en tratándose de derechos laborales, pues el trabajo y la seguridad social gozan de una especial protección por parte de la Carta. Por este motivo, es razonable excluir del régimen general de seguridad social a aquellos sectores de trabajadores y pensionados que, gracias a sus reivindicaciones laborales, han obtenido beneficios mayores a los mínimos constitucional y legalmente protegidos en el régimen general.

Por las razones anteriores la Corte considera que el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, **que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la**

¹ **Párrafo.** De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre la mesada adicional.

Art. 50. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión

Art. 142 Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988~~, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.

PARAGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.

Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cubre. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta²

Un régimen especial se rige por normas propias, que son diversas de las reglas del régimen general, puesto que en eso consiste su especialidad. Igualmente la Corte ha señalado que un régimen de seguridad social es un sistema normativo complejo, en el que las diversas normas parciales adquieren sentido por su relación con el conjunto normativo global. Cada régimen especial es entonces un universo propio. Por ello, ha concluido que, en principio, no es viable comparar aisladamente aspectos puntuales de un régimen especial de pensiones o de salud y el sistema general de seguridad social, por cuanto cada aspecto puede tener en cada régimen un significado parcialmente distinto. **Así, una aparente desventaja en un punto específico del régimen especial frente al sistema general de seguridad social puede estar ampliamente compensada por unos beneficios superiores previstos por ese régimen especial en otros aspectos.** Y por ello se ha señalado con claridad que quienes se encuentren adscritos a un régimen especial de seguridad social, están obligados a someterse plenamente a su normatividad, sin que resulte válido reclamar la aplicación de los derechos y garantías reconocidas para el régimen común, pues no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica³. Y es que admitir que una persona afiliada a un régimen especial pueda reclamar ciertos aspectos puntuales del régimen general de seguridad social implicaría la creación de una *lex tertia*, que sería un verdadero tercer régimen, compuesto por algunos aspectos del sistema general de seguridad social y otros del régimen especial, lo cual desfiguraría totalmente la regulación establecida por la Constitución y la ley en materia de seguridad social.

Sin embargo, la Corte ha precisado que lo anterior no significa que sea imposible formular cargos de igualdad por eventuales discriminaciones que hayan podido ser ocasionadas en un régimen especial. Y precisamente con ese criterio, por ejemplo la sentencia C-461 de 1995 condicionó la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, pues consideró que esa norma, al exceptuar a los docentes del régimen de seguridad social general, había excluido a algunos pensionados afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la mesada adicional, sin prever para esos docentes un beneficio igual o equivalente a la dicha mesada adicional, lo cual era discriminatorio.

En principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a las otras prestaciones. Por ejemplo, la concesión de un tratamiento médico para ciertas dolencias puede, en muchos casos, no ser separable del conjunto de prestaciones previstas para la salud, por cuanto el régimen provee en general un paquete general de servicios. Así, el régimen de salud de un régimen especial puede ser globalmente superior, aunque sea menos benéfico en relación a un determinado servicio concreto, sin que por ello exista violación a la igualdad. **Pero en cambio, la mesada pensional adicional o la pensión de sobreviviente del cónyuge supérstite gozan de suficiente autonomía para ser consideradas prestaciones individualizables y separables del conjunto del sistema pensional, por lo cual ha sido procedente en tales**

² Sentencia C-461 de 1995, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamentos 4 y 5. Criterio reiterado, entre otras, en las sentencias C-941 de 2003, C-1032 de 2002, C-835 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999 y C-080 de 1999.

³ er, entre otras, las sentencias C-1032 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999, Fundamento 3, C-080 de 1999 y T-348 de 1997.

eventos un examen específico de una eventual violación a la igualdad, debido a una regulación distinta en el sistema general de seguridad social y en los regímenes especiales.

Análisis interpretativo.

En este orden de ideas, considerando que la mesada adicional es una prestación separable del conjunto del sistema pensional, no es dable argumentar que por ser beneficiario del sistema especial docente es procedente descontar a los aportes al sistema de seguridad social sobre dichas mesadas pues esto es un trato discriminatorio frente a una población similar que recibe una mesada adicional sin ningún descuento por esa razón es aplicable la prohibición establecida en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002.

Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social. Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente.⁴

En el caso en estudio no encuentra el despacho que ante el pago adicional de aportes por salud en las mesadas adicionales el régimen especial docentes se haya previsto un beneficio superior al régimen general que prohíbe cualquier descuento sobre la mesada adicional, luego es notorio el trato desigual ante la inferioridad del beneficio que se pretende con el pago y la carencia de compensación es evidente puesto que el pensionado docente no recibe un resarcimiento adicional a dicho descuento lo cual va en contravía de la prestación aunado a que el aporte por concepto de salud se ha pagado con el descuento realizado la mesada ordinaria.

Así las cosas, se debe entender que los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud los cuales tienen el carácter de **contribuciones parafiscales**, solamente se pueden hacer sobre las mesadas ordinarias puesto que existe una prohibición de cualquier descuento sobre las mesadas adicionales en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002.

Los aportes al sistema de salud por ser un gravamen que incide sobre la mesada pensional debe estar ordenado de manera clara en ley que así los establezca, en virtud del principio de legalidad, que debe permear toda contribución.

Tal apreciación ha sido considerada por la Corte Constitucional en Sentencia C-430 de 2009, de la siguiente forma:

*“La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha atribuido a las cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, el carácter de contribuciones parafiscales, definidas como gravámenes establecidos **con carácter obligatorio por la ley para un determinado sector**, en que tales recursos se utilizan en su beneficio. Las contribuciones parafiscales no son otra cosa que un instrumento de intervención del Estado en la economía destinado a extraer recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, **y en tanto gravámenes, se encuentran ineludiblemente sujetas a los principios de legalidad y reserva de ley, progresividad, equidad y eficiencia como cualquier otro tributo.**” (C-430 de 2009).*

⁴ Sentencia C-080/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, criterio reiterado en las sentencias C-941 de 2003, C-1032 de 2002, C-835 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999.

Estimamos que hubo una derogatoria del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 razón por la que, para el tema en estudio, debe darse total aplicación a la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 y, como quiera que el objeto de la disposición normativa fue establecer una contribución uniforme para todos los pensionados es entendible que dicha contribución sea sobre la mesada ordinaria, mas no sobre las mesadas adicionales.

Teniendo en cuenta que las mesadas adicionales son una prestación separable al sistema especial la prohibición del régimen general establecido en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002 es aplicable a los docentes.

Para el despacho es dable entender que si el legislador quiso establecer una misma contribución parafiscal para los pensionados esto ha sido **en virtud del principio de igualdad** frente a una población con características similares, en este caso, los pensionados del régimen general frente a los pensionados docentes, **desarrollado por el principio de equidad con el cual se pondera la distribución de las cargas** o la imposición de gravámenes **entre los contribuyentes de similares características** para evitar que haya cargas excesivas, que afecte como en este caso directamente el goce de un derecho fundamental, el cual debe ser un medio razonablemente adecuado para alcanzar un objetivo constitucionalmente admisible.

Referente a este tema la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que no es procedente efectuar descuento alguno a las mesadas adicionales de junio y diciembre por las siguientes razones: ⁵

“..Es de anotar que la Sala se pronunció acerca de la supresión del pago adicional de junio en relación con los docentes oficiales, mediante el Concepto No. 1857 del 22 de noviembre de 2007, razón por la cual, en esta ocasión, se remite a lo allí expresado sobre el particular.

Ahora bien, en cuanto a las cotizaciones, la ley 100 de 1993 establece en el artículo 204 lo siguiente:

“Artículo 204.- Monto y distribución de las cotizaciones. - Inciso primero, modificado por el artículo 10 de la ley 1122 de 2007.- La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero puntos cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero puntos cinco por ciento (0,5%). Inciso segundo.

-

Inciso adicionado por el artículo 1º de la ley 1250 del 27 de noviembre de 2008.- La **cotización mensual** al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, (la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008)⁶.

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del Dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997). Radicación número: 1064 Posición reiterada en del 11 de marzo de 2010 con radicación No. 11-001-03-06-000-2010-00009-00 Consejero Ponente William Zambrano Cetina

⁶ La parte entre paréntesis fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-430 de 2009, con efectos desde el 27 de noviembre de 2008.

Inciso segundo original de la ley 100/93.- Declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-577 de 4 de diciembre de 1995. (...)” (Resalta la Sala).

En el punto que interesa a la consulta, se observa que el inciso adicionado por la ley 1250 de 2008 dispone que la cotización **mensual** de los pensionados es del 12% **de la respectiva mesada pensional**, con lo cual se advierte que esta cotización se descuenta de las mesadas pensionales ordinarias, esto es, las que se pagan por las mensualidades del año, no por la mensualidad adicional de diciembre o el pago adicional de junio.

En otras palabras, la cotización del 12% del mes de **junio**, por ejemplo, se toma “de la respectiva mesada pensional”, como dice la norma, es decir, de la mesada de junio, de la mesada correspondiente a ese mes, **no del pago adicional de junio**, para el caso de los pensionados que dentro del régimen pensional analizado, tienen derecho a este pago.

Lo mismo sucede con la cotización de **diciembre**, ésta se descuenta sobre la mensualidad pensional **ordinaria de diciembre**, no sobre la mensualidad **adicional** que se paga en ese mes.

El artículo 27 del Código Civil⁷ establece como criterio de interpretación jurídica la literalidad de la norma cuando es clara, como sucede en el presente caso, ya que el inciso adicionado al artículo 204 de la ley 100 de 1993 por el artículo 1º de la ley 1250 de 2008, que es la norma aplicable a los docentes del segundo régimen pensional, conforme a lo explicado, establece claramente que la cotización mensual para salud de los pensionados se toma de la respectiva mesada pensional, esto es, **de la del respectivo mes, no de un concepto distinto, como sería una mensualidad o pago adicional**.

La disposición emplea las expresiones “mensual” para calificar a la cotización y “respectiva” para referirse a la mesada pensional, con lo cual está haciendo alusión evidentemente a la cotización que se paga ordinariamente en el mes, no se refiere en ningún momento, a cotizaciones derivadas del pago o la mensualidad adicionales que existen en los meses de **junio y diciembre**, según el caso, pues si así fuera lo hubiera dicho y no habría utilizado las mencionadas expresiones....”

Ahora bien, desde la ley 43 de 1984, norma que se ocupó de la clasificación de las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del poder público, el legislador tuvo a bien prohibir los descuentos sobre la mesada pensional adicional de diciembre, establecidos por el artículo 90 del decreto 1848 de 1969, es decir, el aporte para salud.

La **Ley 43 de 1984** dispuso:

“ARTICULO 5o. A los pensionados a que se refiere la presente ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional.

Las mensualidades que devengan los pensionados a que se refiere la presente ley tendrán las exenciones tributarias de ley.”

Mediante el Decreto 1073 de 24 de mayo de 2002, por el cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988, y se regulan aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media, se estableció la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas que se consideran adicionales, así:

⁷ Código Civil.- “Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. (...)”.

"Artículo 1°. Descuentos de mesadas pensionales. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

La administradora de pensiones o institución que pague pensiones descontará de las mesadas pensionales las cuotas o la totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, Fondos de Empleados y de las Cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, de conformidad con lo establecido en las Leyes 71 y 79 de 1988.

Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.

Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.

Este artículo fue declarado nulo parcialmente por el H. Consejo de Estado, en la Sentencia de fecha 3 de febrero de 2005 **y se dispone solo respecto a la mesada adicional gobernada por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993** (la del mes de junio).⁸

A su vez, el artículo 16 del Decreto 732 de 1976 reglamentario de la Ley 4ª de 1976 señalaba que para la cobertura de las prestaciones en él establecidas, los funcionarios y empleados contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación y un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica ordinaria.

El artículo 7º de la Ley 42 de 1982 *"Por la cual se determinan los Grados de las Organizaciones Gremiales de los Pensionados y se dictan otras disposiciones"* prohibió todo descuento a la mensualidad adicional de diciembre creada por el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976, tanto a las organizaciones gremiales, como a las entidades encargadas del pago de pensiones⁹. Dicha prohibición fue ratificada por la Ley 43 de 1984¹⁰.

Nuestro órgano de cierre en los citados pronunciamientos ha estimado improcedentes los descuentos por concepto en salud en las mesadas adicionales, de junio y diciembre, previstas en los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, criterio que acoge este Despacho puesto que la voluntad del legislador fue regular "... **El valor total de la tasa de cotización** por los docentes afiliados al fondo Nacional de

⁸ ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará **con la mesada del mes de junio** de cada año, a partir de 1994.

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual".

⁹ARTÍCULO 7o. La mensualidad adicional de que trata el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976 no será objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones.

¹⁰ "Artículo 5º.- A los pensionados a que se refiere la presente Ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional".

Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003...” **resaltando que el legislador no señala el valor parcial de la tasa de cotización para ser completada por otra disposición normativa y entendiendo que la tasa de cotización es realizada en la pensión de la del respectivo mes, no de un concepto distinto, como sería una mensualidad o pago adicional**, tal como lo interpretó la Sala de Consulta y Servicio Civil

Según la Real Academia Española de la lengua la palabra TOTAL viene del latin mediev totalis, y este derivado el latin totus 'todo entero' y significa el Resultado de una suma u otras operaciones; así las cosas consideramos que en el ejercicio de la autonomía legislativa se determinó que la contribución parafiscal estuviera regulada en su totalidad en los términos de las leyes 100 de 1993 y 797 de 1993, luego no es procedente señalar que en consonancia con el régimen docente es dable el descuento para la mesadas pensionales adicionales cuando dicha ley fue derogada por el legislador al regular de manera integral la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG.

Caso concreto

Se encontró probado que mediante Resolución No. 0845 de 31 de enero de 2012 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció a la demandante pensión de jubilación por aportes a partir del 02 de diciembre de 2010 (fl.8-10).

La demandante elevó petición ante el Ministerio de Educación el 24 de octubre de 2018 solicitando el reintegro de los descuentos de la mesada adicional de diciembre y, su no cobro por improcedencia legal folio 13 y 14 del expediente.

A folio 17 -18 del expediente encontramos un extracto de pagos de la demandante en donde se observa que se realizan el descuento sobre la mesada adicional de diciembre para los aportes en salud.

Consideramos que en el ejercicio de la autonomía legislativa se determinó que la contribución parafiscal estuviera regulada en su totalidad en los términos de las leyes 100 de 1993 y 797 de 1993, luego no es procedente señalar que en consonancia con el régimen docente es dable el descuento para la mesadas pensionales adicionales cuando dicha ley fue derogada por el legislador al regular de manera integral la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG, adicionalmente, siendo una prestación separable del sistema está prohibido en los términos del artículo 1 del decreto del decreto 1073 de 2002 realizar algún tipo de descuento.

En consecuencia, se ordenará a la Nación – Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, suspender los cuestionados descuentos en salud y restituir las sumas descontadas en las mesadas adicionales por concepto de salud, teniendo en cuenta la correspondiente prescripción que se describe a continuación.

Prescripción En lo concerniente a la prescripción trienal, establece el artículo 151 de Código de Procedimiento Laboral

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

En aplicación a la anterior norma, se ha de indicar que en la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que al demandante le fue reconocido el derecho pensional a partir del 02 de diciembre de 2010 y presentó la petición el día **24 de octubre de 2018**, luego operó para ella el

fenómeno prescriptivo, por lo tanto, se ordenará **reintegro** de los dineros descontados por concepto de salud de la mesadas adicionales, a partir del 24 de octubre de 2015.

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero

Respecto de los valores que resulten a favor de la parte, debe aplicarse la fórmula siguiente, que ha sido debidamente sustentada por el Honorable Consejo de Estado, basándose en el artículo 178 del C.C.A., hoy inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., y que tiene por objeto traer a valor presente las suma que dejó de recibir el censor, protegiéndose así a la persona de los altos índices de desvalorización monetaria:

$$R= RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de los descuentos mencionados desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago¹¹.

La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en el artículo 197 del C.P.A.C.A. Se dará cumplimiento a esta sentencia igualmente, de conformidad a lo establecido en el inciso 1º del citado artículo.

Costas. La Ley 1437 de 2011 en el artículo 188, estableció que *“Salvo en los procesos 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”*.

En este caso, no se condenará en costas al demandante teniendo en cuenta que no se ha probado en esta instancia las agencias en derecho además de no evidenciar una actuación temeraria con ocasión al cambio jurisprudencial del H. Consejo de Estado

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. - DECLARAR la nulidad del acto ficto constituido 24 de enero de 2019 con ocasión a la petición presentada el 24 de octubre de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR a la Nación - Ministerio de Educación-FOMAG**, la **suspensión** de los descuentos de salud sobre la mesada adicional de diciembre de la señora **ISABEL NAGED GAMBOA**, así como **el reintegro de tales aportes** a partir de la mesada adicional de diciembre de 2015, por las razones expuestas en la parte motiva.

Respecto de los valores que resulten a favor de la parte, debe aplicarse la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia y, en adelante se pagarán

¹¹Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de julio de 2006, radicado interno No. 5116-05.

los intereses establecidos en el artículo 192 del C.P.A.C.A. a no ser que se dé el supuesto señalado en el inciso 4 de dicha normatividad.

TERCERO. - El cumplimiento de la sentencia es de conformidad con los artículos 192 y ss Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *El acto* será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

CUARTO. - SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

QUINTO. - NEGAR las demás pretensiones de la demanda

SEXTO: En firme esta sentencia, por la Secretaría **COMUNICAR** su contenido a la entidad condenada para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011) así mismo, se autoriza desde ahora la expedición de copia del fallo en los términos del numeral artículo 114 del C.G.P. si alguna de las partes lo solicita y se ordena el **ARCHIVO** de las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

DRBM

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación: 5148732c95bb1f04f3717f4e5a85082e5e6c68143b762f56f173858aa3366670
Documento generado en 14/09/2020 10:45:56 a.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Sentencia No.28

Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2019-00159-00

Demandante: Jacqueline Suarez Acosta

Demandado: UGPP

Tema: Reliquidación – Régimen transición ley 100 de 1993- Decreto Ley 546 de 1971

Procede el Despacho a proferir Sentencia Anticipada de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Labora teniendo en cuenta las siguientes

Consideraciones

Pretensiones

1.-Declarar la nulidad parcial de las Resoluciones **UGM 023889** de 4 de enero de 2012 por el cual se reconoce una pensión mensual vitalicia de vejez, **UGM40101** del 27 de marzo de 2012 por el cual se modifica y adiciona la anterior decisión, **Resolución 18772 del 24 de mayo de 2018** por la que se niega una solicitud de reliquidación pensional, **Resolución 24201 y Resolución 33233 del 25 de junio y del 9 de agosto de 2018** por la que se confirma la anterior decisión.

2.- Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho se ordene reliquidar y pagar la pensión de jubilación de la demandante conforme lo establecido en el Decreto Ley 546 de 1971 a partir de la fecha en que cumplió con su status pensional, con un IBL equivalente a la asignación más alta que pudo haber devengado en el último año de servicio de conformidad con los artículos 6 y 8 del decreto 546 junto con todos los factores salariales devengados en concordancia con el artículo 12 del decreto 717 de 1978.

3. El pago de las diferencias debidamente indexadas de manera mensual por ser una obligación de tracto sucesivo, el pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA. el pago de las costas y gastos procesales del presente proceso.

Hechos y fundamento jurídico de las pretensiones.

JACQUELINE SUAREZ ACOSTA nació el 21 de septiembre de 1956 para el 1º de abril de 1994 acreditaba mas de 37 años de edad, para el 25 de julio de 2005 acreditaba 1064 semanas razón por la que es beneficiaria del régimen de transición de la ley 100 de 1993 y por ello su prestación económica debe ser estudiada y atendida con fundamento en la legislación anterior a la ley 100 de 1993, esto es, conforme con el decreto 546 de 1971 el cual señala que los funcionarios y empleados a que se refiere el decreto al llegar los 55 años de edad si son hombres y 50 años si son mujeres y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia del decreto, de los cuales por lo menos 10 hayan sido exclusivamente a la rama judicial o al ministerio público, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual mas elevada que hubiere devengado en el ultimo año de servicio. La demandante ha realizado aportes desde 14 de noviembre de 1984 hasta el 19 de septiembre de 2009 y laboro en la rama judicial por las de 24 años.

La entidad a través de la resolución 23889 de 2012 procedió a reconocer y pagar la pensión vitalicia de jubilación en cuantía equivalente a \$5810.036 con efectos fiscales a partir del 20 de septiembre de 2009 y la normatividad aplicada fue el decreto 546 de 1971, no obstante, omitió incorporar la bonificación por actividad judicial que para el último año de servicio correspondía en 1/12 parte a \$1'187.537 pesos, situación que deriva en detrimento al reconocimiento pensional.

En torno a los factores salariales constitutivos de la asignación mensual mas elevada, ha de entenderse no solo la asignación básica mensual sino todo lo que el funcionario o empleado percibe por concepto de salario, es decir, todo lo que devengue como retribución a sus servicios.

Ante la solicitud de reliquidación pensional efectuada en el año 2018, la entidad niega la solicitud argumentando que el IBL de los beneficiarios del régimen de transición y, en especial de los funcionarios de la rama judicial corresponde al promedio de lo cotizado en los últimos 10 años de servicio y factores del 1158 de 1994

La entidad desconoce el derecho adquirido de la demandante, aplicando una normatividad que no le corresponde desconociendo el tenor literal el inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993, el cual señala que "... las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres o 15 años de servicio cotizados será la establecida en el régimen anterior..." "... quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aún cuando se hubiese efectuando el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos..."

De conformidad con el decreto 546 de 1971, en concordancia con el artículo 12 del Decreto 717 de 1978 la cuantía de la pensión para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Publico que hayan prestado su servicio a esa institución por 10 años como mínimo, y hayan completado 20 años de servicio deberá liquidarse con la asignación mensual más elevada del último año de servicio incluida en ese concepto todos los factores devengados en el último año de servicio, entendiendo como salario todo lo que constituye remuneración directa o indirecta al trabajo como los sueldos, primas, bonificaciones, etc y excluyendo de tal concepto las sumas que por mera liberalidad patronal recibe el trabajador, que en el ámbito del derecho Público no se pueden admitir las liberalidades patronales y por ello todo lo que recibe el empleado oficial constituye salario.

Solicita no aplicar la sentencia SU230 de 2015 dado que tal providencia no es aplicable en ningún caso a los servidores oficiales, toda vez que el fallo modulado es del 19 de octubre de 2011 y fue proferida por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el escenario propio de la jurisdicción ordinaria laboral por tratarse de un trabajador oficial. Aunado el fallo no hizo un análisis de legalidad de la sentencia unificada de la sección segunda del Consejo de Estado y sus efectos son a futuro, esto es, que no puede modular los efectos de sus fallos, pero solo en las sentencias tipo C no en las SU, por tanto su fuerza vinculante no se da para el presente caso toda vez que el derecho se materializo con anterioridad a la expedición de la referida sentencia. Soporta sus argumentos en el fallo de la sección segunda subsección A del 9 de diciembre de 2015

Contestación de la demanda: La entidad demandada se opone a que prosperen todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, por cuanto el IBL es un aspecto que no fue sometido a la transición, en este orden, no es procedente la reliquidación solicitada respetando la voluntad del legislador que busco reducir el monto pensional, reducir del subsidio por cada reconocimiento y la ampliación de la cobertura prestacional. En el caso se aplican los requisitos del Decreto 546 de 1971 en lo que respecto a edad, tiempo, servicio y tasa de remplazo, esto es, 55 años, 20 años de servicio y el 75% obtenido de los factores devengados en los últimos 10 años de servicio que contempla el decreto 1158 de 1994.

Alegatos de Conclusión

La parte demandante, reitera que se acceda en forma favorable a las pretensiones pues la demandante es beneficiaria del régimen de transición de la ley 100 de 1993 y por ello su prestación

económica debe ser estudiada y atendida con fundamento en la legislación anterior a la ley 100 de 1993, esto es conforme con el decreto 546 de 1971 el cual señala que los funcionarios y empleados a que se refiere el decreto tienen derecho a su pensión al llegar a los 55 años de edad si son hombres y 50 años si son mujeres y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos anteriores o posteriores

En cuanto a la cuantía de la pensión para los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público que hayan prestado sus servicios a esa institución por diez años como mínimo, y hayan completado 20 años de servicio deberá liquidarse con la asignación mensual más elevada del último año de servicio

Por lo anterior, concluye que a la demandante de la acción le asiste derecho a la reliquidación pensional con base en los lineamientos establecidos por el Decreto Ley 546 de 1971, no obstante el suscrito no desconoce al alcance de la sentencia de unificación de fecha 11 de junio de 2020 en lo relacionado al ingreso base de liquidación, por lo que se solicita a esa colegiatura incluir dentro de los factores salariales a efecto de obtener el valor de la mesada, los de prima especial consagrados por la Ley 332 de 1996 y la bonificación por compensación creada por el Decreto 610 de 1978.

Problema jurídico: El problema jurídico consiste en establecer si debe incluirse en el ingreso base de liquidación todos los factores salariales devengados en el último año de servicio por ser beneficiaria del régimen de transición de la ley 100 de 1993, o si conforme con lo argumentado por la entidad demandada, no es procedente la nulidad de los actos teniendo en cuenta que la entidad aplicó correctamente el decreto 546 de 1971 considerando el 75% de la asignación más elevada del último año de servicio.

Hechos probados: En el expediente se encuentran demostrados los siguientes hechos:

.- Conforme con la resolución 23889 del 4 de enero de 2012 la demandante nació el 21 de septiembre de 1956 laboró en la rama judicial desde el 14 de noviembre de 1984 al 19 de octubre de 2009; siendo su último cargo el de Juez municipal, adquiriendo su estatus pensional el 21 de septiembre de 2006.
.- Para determinar el ingreso base de liquidación la entidad tuvo en cuenta el artículo 6 del decreto 546 de 1971 en un 75% sobre el ingreso base de liquidación conformada por la asignación mas elevada en el ultimo año de servicios, esto es, entre el 20 de octubre de 2008 y el 19 de octubre de 2009 así:

AÑO	FACTOR	VALOR
2009	ASIGNCION BASICA	4'417.554
2008	BONIFICACION ACTIVIDAD JUDICIAL	1'143.677
2009	BONIFICACION POR SERVICIOS PRESTADOS	128.845
2008	PRIMA DE NAVIDAD	373.336
2009	PRIMA DE SERVICIOS	189.433
2009	PRIMA DE VACACIONES	168.603
2009	PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS	1'325.266

IBL 7'746.714 X75%=\$5'810.036 EFECTIVA A PARTIR DEL 20 DE OCTUBERE DE 2009

.-Por Resolución No. RDP 018772 del 24 de mayo de 2018 se negó la solicitud reliquidación pensional con la inclusión de la asignación más elevada del último año de servicio considerando todos los factores salariales devengada en el último año de servicios; la anterior decisión fue confirmada con la Resolución No.RDP 024201 del 25 de junio de 2018 y 33233 del 9 de agosto del mismo año

Solución al problema jurídico: no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda con base en Sentencia de Unificación 143 del 28 de agosto de 2018¹ de la Sala Plena del Consejo de Estado, porque en virtud de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en materia de seguridad social, la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 1° y 48 constitucional modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005 del régimen de transición de la ley 100 de 1993 permite que la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto y el monto de la misma, sean las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994), tuvieran la edad de treinta y cinco (35) años en el caso de las mujeres; o cuarenta años (40) o más en el caso de los hombres; **o que, indistintamente, tuvieran quince (15) o más años de servicios** y, las demás condiciones y requisitos aplicables para obtener tal derecho son los contenidos con las disposiciones de la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Características del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 Sentencia de Unificación CE-SUJ-S2-021-20 del 11 de junio de 2020

Una de las peculiaridades del régimen de seguridad social en pensiones consiste en que no es intangible, es decir, que puede ser modificado, entre otras razones de peso, por motivos de sostenibilidad fiscal, que permiten disciplinar las finanzas públicas con el fin de reducir el déficit fiscal que surge de la ostensible diferencia entre los ingresos nacionales y los gastos públicos, al igual que por causa de la política macroeconómica, que es esa potestad que tiene el Estado, derivada de su soberanía y que concierne a su régimen fiscal, monetario, cambiario, comercial al igual que a su crecimiento económico, a la inflación y a las tasas nacionales de empleo y desempleo.

Empero, aunque dicho régimen es susceptible de modificación, lo cierto es que, con el fin de mantener el equilibrio entre esas razones de sostenibilidad fiscal y de política macroeconómica, que conducen a su reforma, y el respeto por los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, la Ley 100 de 1993 en el artículo 36, instituyó el régimen de transición en aras de proteger a quienes tenían la esperanza de adquirir el derecho a la pensión de conformidad con los requisitos establecidos en la normatividad anterior, pues no puede desconocerse que cuando se está ante la presencia de un cambio normativo, es necesaria la protección del derecho adquirido del ciudadano al igual que dicha expectativa en aplicación del principio de no regresividad, con el fin de evitar que se incurra en transgresiones desproporcionadas e irrazonables que afecten el referido equilibrio, en claro atentado contra los principios de proporcionalidad, de favorabilidad y de confianza legítima.

En este punto hay que anotar, que la Corte Constitucional define el derecho adquirido como aquel que ingresa al patrimonio de su titular, porque antes del surgimiento de la nueva ley reunió los requisitos de edad y tiempo de servicios o número de semanas cotizadas que son exigidas por la antigua ley para acceder a la jubilación. Por su parte, en cuanto a la expectativa legítima dicha Corte considera, que es la que le asiste al individuo que está próximo a cumplir con esos requisitos que ordena la ley antigua en el momento en el que surge la ley nueva, que de paso hacen más dispendiosa la obtención del derecho a la pensión.

Es por lo anterior que este régimen de transición ordena que si para la fecha en la cual inició la vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1.° de abril de 1994 en el ámbito nacional o el 30 de junio de 1995 en el orden territorial, las mujeres tenían 35 o más años de edad, los hombres 40 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados, la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y su monto, son los que se encuentran determinados en el sistema anterior al cual se encontraban afiliados; las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se rigen por las disposiciones contenidas en dicha ley.

¹ Expediente 52001233300020120014301 Ponencia Dr. CESAR PALOMINO CORTES.

En la misma línea, la jurisprudencia de esta Sección igualmente considera que este régimen de transición se constituye en un beneficio que la ley le concede al servidor, y que consiste en que tiene derecho a que se le apliquen las anteriores disposiciones legales, siempre que cumpla con los presupuestos que consagra la transición, pues de lo contrario esa transición dejaría de ser un beneficio.

Ahora bien, el régimen de transición, no solo aplica para los regímenes generales vertidos en la Ley 6 de 1945, el Decreto 3135 de 1968, la Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988, sino que igualmente opera en relación con los regímenes especiales, consagrados por los Decretos 546 de 1971 referente a los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, 929 de 1976 y 937 de 1976 relativo a los empleados y funcionarios de la Contraloría General de la República, entre otros.

A esta altura hay que tener presente que, tal como lo dispone el Acto Legislativo 01 de 2005 en el párrafo transitorio 4.º, más allá del 31 de julio de 2010 no puede extenderse el régimen de transición establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, salvo para los trabajadores que estando amparados por él para el 25 de julio de 2005 tuvieron 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicio.

Además, a partir de su vigencia, es decir, desde el 25 de julio de 2005, fenecieron los regímenes especiales y exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al presidente de la República y a lo establecido en los párrafos de su artículo 1.º.

Tratamiento jurisprudencial del régimen de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público Sentencia de Unificación CE-SUJ-S2-021-20 del 11 de junio de 2020

Corte Constitucional

En lo que al ámbito jurisprudencial hace referencia, la Corte Constitucional, por vía de la acción de tutela, en múltiples pronunciamientos sostuvo en un primer momento que cuando el funcionario o exfuncionario judicial o del Ministerio Público reunía los requisitos para gozar del régimen especial, contenido en el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971, ello representaba que se le debía aplicar ese régimen en su integridad, lo que de paso se traducía en que el ingreso base de liquidación de su pensión de vejez no podía calcularse de acuerdo con lo señalado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; tal es el caso, entre otras, de las sentencias T-631 de 2002, T-169 de 2003, T-158 de 2006, T-251 de 2007, T-180 de 2008, T-430 de 2011, T-860 de 2012.

Sin embargo, por vía de control de constitucionalidad, como se evidencia en la sentencia C-168 de 1995, que estudió la demanda contra el artículo 36 parcial de la Ley 100 de 1993, se esgrimió una posición diferente, en el sentido de que dicha ley había modificado algunos de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, porque en el inciso 2.º de ese artículo estipuló un régimen de transición, al que se tenía derecho con el cumplimiento de la edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas estatuidas en la legislación anterior, pero las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para obtener tal derecho, eran los contenidos en su inciso 3.º, en el que se había fijado el ingreso base de liquidación.

En el mismo orden de ideas, cuando en la sentencia C-258 de 2013 se analizó la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, se sostuvo que como el propósito original del Legislador era el de no permitir la aplicación ultractiva de las reglas del ingreso base de liquidación de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 de 1993, entonces fue por medio del artículo 21 y del inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100, que se buscó unificar las reglas de ese ingreso en el régimen de prima media, que además coincidían con el propósito de unificación del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que la exequibilidad de las restantes expresiones del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, se condicionaban a que se entendiera que las reglas sobre ingreso base de liquidación aplicables a todos los beneficiarios del régimen en análisis, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso 3.º, de la Ley 100 de 1993, según el caso.

En la sentencia SU-230 de 2015, en sede de control abstracto de constitucionalidad, se reafirmó que en la sentencia C-258 de 2013 se había interpretado la regla a seguir sobre el ingreso base de liquidación, en el sentido de que no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, se debía ceñir a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 con independencia del régimen especial al que se perteneciera.

A través de la sentencia SU-395 de 2017 proferida en revisión de acciones de tutela emitidas por el Consejo de Estado, se insistió en que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición, que consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes anteriores a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación.

En la sentencia SU-210 de 2017, igualmente en revisión de acciones de tutela, se indicó que la jurisprudencia de la Corte ha determinado que el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 está circunscrito a los aspectos de la edad, tiempo de servicios o cotización, y el monto de la pensión, por lo que el ingreso base de liquidación, debe regirse por las normas contenidas en la ley, correspondientes al sistema general de pensiones.

En la sentencia SU-023 de 2018, en la que la Corte Constitucional revisó una acción de tutela decidida por la Corte Suprema de Justicia, consideró que al analizar los antecedentes legislativos de la Ley 100 de 1993 y la literalidad del inciso 3.º de su artículo 36, es posible concluir que el Legislador excluyó del régimen de transición lo relacionado con el ingreso base de liquidación.

En síntesis, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se han esgrimido dos posiciones: una, a través de sus salas de revisión, según la cual, a quienes eran beneficiarios del régimen especial contemplado por el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971, por virtud del régimen de transición, se les debía aplicar en su integridad dicho régimen con fundamento en el principio de inescindibilidad de las normas. Y la otra, en la que en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, la Corte determinó que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición para salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social, beneficio que consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes anteriores a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación que corresponde al determinado por la misma Ley 100 de 1993 en sus artículos 21 y 36 inciso 3.º.

Sala Plena Consejo de Estado con ponencia del doctor Cesar Palomino Cortés², aclara que 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.

Y para ellos, señala como primera subregla que los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es así:

- 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

² Sentencia del 28 de agosto de 2018 de la Sala de los Contencioso Administrativo Consejo de Estado, **Expediente:** 52001-23-33-000-2012-00143-01, **Demandante:** Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, **Demandado:** Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en liquidación

de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Y como segunda subregla 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.³⁴

A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman 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 servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

Tomando en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no se afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho fundamental a la pensión de los habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado asumir en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia. De esta forma, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) 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 (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.⁵

Esta regla de interpretación es vinculante dentro del sistema de fuentes, y es contraria a la tesis sostenida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la ya referida sentencia de 4 de agosto de 2010, que se edificó en el entendido de que el concepto de monto no solo contemplaba la tasa de reemplazo como expresión porcentual de la pensión, sino también la base de liquidación pensional, en virtud del principio de conglobamiento o de inescindibilidad de la norma.

Es importante anotar que esta sentencia no se ocupó de definir, si el ingreso base de liquidación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 también hacía parte del régimen de transición para quienes se hubieren pensionado con los requisitos establecidos por el Decreto 546 de 1971, aplicable a los servidores de la Rama Judicial y del Ministerio Público ni hizo alusión a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para liquidar su pensión de jubilación.

³ Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho; en 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, con 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”.

⁴ 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 salarial en la liquidación de la mesada pensional y**, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

⁵ En este caso no razones jurídicas o fácticas que nos obliguen a apartarnos del precedente vertical porque, por ejemplo, (i) concurren hechos o elementos normativos o doctrinarios relevantes, no valorados por el juez superior en su momento, que alteran la admisibilidad del precedente para el nuevo caso; (ii) la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunciaron de manera contraria a la interpretación del superior jerárquico; u (iii) ocurrieron cambios normativos que hicieron incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico.

Reglas de unificación sobre el ingreso base de liquidación que corresponde a los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público Sentencia de Unificación CE-SUJ-S2-021-20 del 11 de junio de 2020

El funcionario o empleado de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 adquiere el derecho a la pensión de jubilación, siempre que se acrediten los siguientes presupuestos:

i) Para el 1.º de abril de 1994, cuando cobró vigencia la Ley 100 de 1993 en el ámbito nacional o para el 30 de junio de 1995 cuando empezó a regir en el ámbito territorial, tenga: **a)** 40 años de edad si es hombre, 35 años de edad si es mujer o,
a) 15 años o más de servicios efectivamente cotizados.

ii) Reúna además los requerimientos propios del régimen de la Rama Judicial y del Ministerio Público estipulados en el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971 para consolidar el estatus pensional que son: **a)** el cumplimiento de la edad de 50 años si es mujer, o de 55 años si es hombre; **b)** el tiempo de 20 años de servicios, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de dicho decreto, que tuvo lugar el 16 de julio de 1971;²⁸³ **c)** de esos 20 años de servicio, por lo menos 10 años lo debieron ser exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades.

iii) Por tanto, esa pensión se le debe reconocer con los elementos del régimen anterior consagrados en el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971 que son: **a) la edad** de 50 años si es mujer, de 55 años si es hombre; **b) el tiempo de servicios de 20 años**, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de dicho decreto; **c)** de esos 20 años de servicio, por lo menos 10 años lo debieron ser exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades; **d) la tasa de reemplazo del 75%**, **e) el ingreso base de liquidación** de que tratan los artículos 21 y 36, inciso 3.º, de la Ley 100 de 1993, según el caso, es decir, si le faltare **más** de 10 años, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión actualizados anualmente con base en la IPC certificado por el DANE, si faltare **menos** de 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 IPC certificado por el DANE; **y con los factores de liquidación** contemplados por el artículo 1.º del Decreto 1158 de 1994 **al igual que** por los artículos 14 de la Ley 4ª. de 1992 con la modificación de la Ley 332 de 1996; 1.º del Decreto 610 de 1998; 1.º del Decreto 1102 de 2012; 1.º del Decreto 2460 de 2006; 1.º del Decreto 3900 de 2008; y 1.º del Decreto 383 de 2013, según se trate de magistrados o empleados de la Rama Judicial o del Ministerio Público, siempre que respecto de ellos se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

Efectos de la sentencia unificada CE-SUJ-S2-021-20 del 11 de junio de 2020

El artículo 237, ordinal 1.º, de la Constitución Política consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado el desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En este sentido, la jurisprudencia que profiere este órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción, por la Constitución y la Ley.

La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de las altas cortes -autoridades de cierre de las correspondientes 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**.

La Sección Segunda, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, efecto que se le dará a esta sentencia, disponiendo que la regla jurisprudencial fijada es vinculante en

los siguientes casos: (i) respecto de los asuntos similares que actualmente se están tramitando en el seno de la administración; (ii) respecto de los procesos similares que se están adelantando en juzgados, tribunales administrativos y Consejo de Estado. En consecuencia, **no tiene efectos** respecto de aquellos asuntos en los que ya existe sentencia ejecutoriada. **En tal virtud, los conflictos judiciales ya resueltos están amparados por la cosa juzgada y en consecuencia resultan inmodificables.**

Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la inaplicación de esta sentencia.

No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en tesis anteriores que sostuvo la Sección Segunda del Consejo de Estado, la cuales replanteó la Sala Plena, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer recurso extraordinario de revisión contra sentencia ejecutoriada que haya reconocido la pensión con fundamento en jurisprudencia diferente a la *ratio decidendi* aquí expuesta, prevalecerá el carácter de cosa juzgada, sin perjuicio de lo previsto en las causales de revisión reguladas en el artículo 250 del CPACA.

Caso concreto

Las sentencias de unificación concluyen que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por el constituyente en el acto legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del sistema de seguridad social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por lo tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la ley 100 de 1993. Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la Ley de Seguridad Social en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale la Ley 4ª de 1992 y el Decreto reglamentario 1158 de 1994 al igual que por los artículos 14 de la Ley 4ª. de 1992 con la modificación de la Ley 332 de 1996; 284 1.º del Decreto 610 de 1998; 1.º del Decreto 1102 de 2012; 1.º del Decreto 2460 de 2006; 1.º del Decreto 3900 de 2008; y 1.º del Decreto 383 de 2013, según se trate de magistrados o empleados de la Rama Judicial o del Ministerio Público, siempre que respecto de ellos se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

La demandante, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), tenía 37 años de edad, y, más de 750 semanas a la fecha de entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, razón por la que se debe tener en cuenta, se repite la edad, el tiempo de servicio, y el monto del Decreto Ley 546 de 1971 y el ingreso base de liquidación del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Ahora bien, como quiera que laboró al servicio de la Rama Judicial, el régimen de transición aplicable para efectos del reconocimiento de su pensión, es el consagrado en el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971, que exige para acceder a la prestación 50 años de edad, 20 años de servicios, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de dicho decreto, de los cuales por lo menos 10 años hayan sido a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades.

Estos requisitos los reúne la actora, porque **los 50 años de edad los cumplió el 21 de septiembre de 2006** y laboró como funcionaria de la Rama Judicial por más de 20 años, desde el 14 de noviembre de 1984 hasta el 19 de octubre de 2009, acumulando un tiempo continuo de labores por 8976 días, habiendo completado los **20 años de servicio el 14 de noviembre de 2000**. En estas condiciones se tiene acreditado que adquirió el estatus pensional bajo el régimen anterior, con el cumplimiento del

⁶ Por el cual se modifica el artículo 6º del Decreto 691 de 1994.

requisito de la edad, situación que la hace merecedora al reconocimiento y pago de la pensión al amparo de dicho régimen.

Al mismo tiempo se tiene que si inició la labor judicial desde el 14 de noviembre de 1984, luego para el 25 de julio de 2005, cuando entró a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, contaba con más de 750 semanas cotizadas, por lo que conservó el régimen de transición.

Con fundamento en lo anterior y de conformidad con las reglas de unificación ya establecidas, su pensión de jubilación se le debe reconocer con el siguiente ingreso básico de liquidación o IBL:

(i) El periodo a aplicar para liquidar la pensión de jubilación es 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. Lo anterior, por cuanto le faltaban **más** de 10 años para consolidar el estatus pensional con respecto a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Con los siguientes factores: **asignación básica, prima especial por servicios, bonificación por servicios prestados** contemplados en el Decreto 1158 de 1994; **prima especial de servicio** consagrada por la Ley 332 de 1996; **bonificación por actividad judicial** creada por el Decreto 610 de 1998, sin incluir prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad.

La parte demandante solicita tanto en sede administrativa como en sede judicial que se aplique el IBL con base en la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, norma especial esto es, Decreto Ley 546 de 1971 y Decreto 717 de 1978 en consonancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado para efectos de que se tengan todos los factores del sueldo más elevado devengado en el último año de servicio.

Teniendo en cuenta que el Ingreso Base de Liquidación, de las personas beneficiadas con el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, como es el caso de la demandante debe ser liquidado conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, pues con el régimen de transición consagrado en la citada ley el legislador no quiso mantener la aplicación en su totalidad de la normativa que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella y observando que la entidad demandada le reconoció la pensión de vejez a la parte actora aplicando el decreto 546 de 1971 aplicando un 75% sobre un ingreso base de liquidación conformado por **la asignación mensual más elevada devengado en el último año de servicio, entre 20 de octubre de 2008 y el 19 de octubre de 2009** incluyendo como ingreso base de cotización la asignación básica, la bonificación por actividad judicial, la bonificación por servicios prestados, la prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y prima especial de servicios, es procedente negar las pretensiones de la demanda como quiera que la pensión recibida en la actualidad es superior a la señalada por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, los actos administrativos acusados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los amparaba, teniendo en cuenta que se promedió el IBL sobre la asignación mensual más elevada del último año de servicio con factores de los cuales no se habían realizado los aportes correspondientes y se dio la orden para el respectivo pago⁷ sin desmejorar el derecho a la demandante.

Costas . A diferencia del anterior Código, la Ley 1437 de 2011 en el artículo 188, estableció que *“Salvo en los procesos 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”*.

⁷ Resolución UGM 040101 de 27 de marzo de 2012

En este caso, no se condenará en costas al demandante teniendo en cuenta que no se ha probado en esta instancia las agencias en derecho además de no evidenciar que alguna de las partes haya actuado temerariamente.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR configurada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la demandada según lo expuesto en las consideraciones de este proveído.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

TERCERO.- NO CONDENAR EN COSTAS, conforme a lo expuesto en precedencia

CUARTO.- En firme esta sentencia, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las correspondientes anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

**LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA**

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

Código de verificación:
15c7acc106eea1c54e93dbf9e1216cad7e413e55a05d16d33136a3da5dff9c7d
Documento generado en 14/09/2020 05:01:32 p.m.



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2019-00157-00

Demandante: Ana Leonor Reyes

Demandado: Ministerio de Educación Nacional - FOMAG

Tema: Reliquidación docente – Descuentos en Salud

Sentencia No. 37

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación, presentados los alegatos conclusivos de las partes, no evidenciando nulidad que vice lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral referente teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

1.- Solicita se declare la nulidad de la Resolución No.1681 del 06 de marzo de 2019, por la cual se niega una solicitud de reliquidación pensional y el reintegro de los descuentos por salud realizados sobre las mesadas adicionales.

2.- A título de restablecimiento y derecho se ordene, la reliquidación pensional incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año del status pensional, esto es, 04 de febrero de 2010 al 03 de febrero del 2011, en especial la prima especial y la prima de navidad y, la suspensión y el reintegro de todos los descuentos realizados con destino a la salud sobre las mesadas adicionales

3.- Condenar a la demandada a reconocer y pagar a favor de la accionante el valor de los reajustes que se causen por los conceptos ya referidos, desde el momento en que se reconoció la pensión, la indexación sobre los valores adeudados, el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y ss. del CPACA y costas a cargo de la entidad demandada.

Normas violadas y concepto de violación: Art. 15 de la ley 91 de 1989, la ley 4 de 1992, ley 71 de 1988,

Soporta sus argumentos en el artículo 7 de la ley 71 de 1989 el cual señala los requisitos para ser acreedor a esta pensión y, en lo pertinente a la liquidación de la misma se reglamentó por el decreto 2709 del 13 de diciembre de 1994, que en el artículo 6º determina el ingreso base de liquidación de la pensión por aportes con el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, norma vigente según la sentencia del 2427 de 2011 del 15 de mayo de 2014 con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve

De otra parte también solicita se aplique la ratio decidendi de la sentencia T.365 DE 2010 que reitera que los requisitos que se impongan para acceder a los beneficios de la seguridad social se cumplen ante el sistema no ante las entidades u órganos que lo compongan.

Frente al incremento de los aportes en salud señala que conforme el artículo 81 de la ley 812 de 2003 los obliga a asumir la totalidad de los aportes de la cotización del 12%, toda vez que la norma remite a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. De esta forma el incremento de la cotización y su remisión a la Ley 100, no es otra que la derogatoria del numeral 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989, razón por la que resulta aplicable lo señalado en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002 además de la ley 43 de

Página 1 de 17

1984 disposiciones que señalan la prohibición de realizar cualquier descuento sobre las mesadas adicionales. De igual manera aporta extractos de jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Consejo de Estado, los cuales no avalan los descuentos por concepto de salud de las mesadas adicionales por cuanto al realizar el descuento en la mesada adicional se descontaría el 24%.

Alegatos conclusivos

La parte Demandante: Manifiesta que en el caso bajo estudio se debaten dos asuntos; la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al cumplimiento del estatus pensional, que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación de la actora, y el reintegro y suspensión de los descuentos en salud, efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre. Solicitó que se tenga en cuenta la sentencia de fecha 19 de febrero de 2015, Sección segunda, Subsección “A” con Ponencia del magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la cual indicó la interpretación que se debe dar a la Ley 71 de 1988, en lo que tiene que ver con la reliquidación de las pensiones reconocidas bajo esa normatividad, se deben tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación, todo lo que haya recibido el demandante de manera habitual y como retribución por su labor, salvo que se trate de un factor expresamente exclusivo por la Ley para tales efectos.

Añadió, que en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, el H. Consejo de Estado, se pronunció sobre la reliquidación de la pensión de jubilación de una empleada del orden nacional, reconocida conforme a la ley 33 de 1985, y que mediante Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019, del 25 de abril de 2019, determinó la aplicación de la ley 33 de 1985, para la liquidación de pensiones reconocidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, antes de la Ley 812 de 2003.

Señaló, que si bien el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, estableció que en la liquidación de las pensiones, sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado, cotizaciones al sistema pensional, en la que se determinó que los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación, son solo aquellos sobre los cuales se haya efectuado cotizaciones al sistema pensional; en relación con los factores que integran el ingreso base de liquidación, al señalar, que no deben interpretarse en forma taxativa sino enunciativa, a fin de no vulnerar los principios de progresividad, igualdad, primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que considera, que no puede concluirse automáticamente que los factores que no han sido objeto de deducciones de ley, deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, toda vez que es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar, ya que la protección del erario público debe ser armonizado con los derechos laborales.

Hizo referencia, a que el demandante cumplió con los requisitos legales para ser beneficiaria de la liquidación de la pensión de jubilación regida por el régimen especial, en cuantía equivalente al 75% del salario mensual devengado en el año anterior, es por lo que este derecho se encuentra tutelado legalmente, permitiéndose por lo tanto lo establecido el artículo 58 de la Constitución Política, que garantiza los derechos adquiridos.

Por último, en lo relacionado con los descuentos en salud, sobre las mesadas adicionales, reiteró los argumentos expuestos en la demanda, para lo cual citó nuevamente indicó, que desde el año 2003, el régimen de cotización en salud a cargo del sector docente pensionado, es el mismo que se aplica para los destinatarios de la Ley 100 de 1993, regidos por el régimen contributivo, y que por mandato expreso de la Ley 812 de 2003, no es dable otorgar un tratamiento diferente a los docentes oficiales pensionados. Agregó, que los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, establecieron las mesadas adicionales de junio y diciembre y que sobre la prohibición de los descuentos en salud sobre dichas mesadas, se pronunció el H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 16 de diciembre de 1997, agregando, que las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud con la

Ley 812 de 2003, se remitieron tácitamente a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que no contemplan dichos descuentos, al igual que el Decreto 1833 de 2016, artículo 2.2.8.5.1.

Por la parte Demandada: solicita se nieguen las pretensiones de la demanda; en relación con la liquidación de la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales devengados, señaló que se debe dar aplicación a la Sentencia de Unificación, emitida por el H. Consejo de Estado, C.P. Dr. César Palomino Cortes, del 25 de abril de 2019, la cual unificó su criterio en relación con los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación, concluyendo en consecuencia, que serán únicamente aquellos sobre los cuales se hayan efectuado aportes o cotizaciones al Sistema Pensional.

Manifiesta la diferencia entre los regímenes pensionales existentes en el sistema pensional del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio. Uno constituido por las normas consagradas en la Ley 91 de 1989 mediante las cuales los docentes que cumplan requisitos de la Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988, podrán acceder a la pensión en una cuantía del 75% de los salarios devengados en el último año de servicio y el segundo, con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 el cual señala que los docentes vinculados con posterioridad a esa fecha, deberán reunir los requisitos del régimen de prima media con prestación definida para acceder al derecho a la pensión en los términos de la Ley 797 de 2003.

En relación con los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, señaló que en virtud de la Ley 91 de 1989, numeral 5°, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la entidad encargada de descontar el 5% de cada mesada pensional cancelada a un docente, inclusive sobre las mesadas adicionales. Citó, igualmente, la Ley 812 de 2003, artículo 81, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, y el parágrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, para concluir que la norma que se encontraba vigente antes de la Ley 812 de 2003, era la Ley 91 de 1989, la cual en el numeral 5° de su artículo 8, prescribió sobre el referido descuento, concluyendo que éste resulta legal, sobre las mesadas adicionales devengadas por los docentes, no resultando procedente su reintegro.

Finalmente, indica que al encontrarnos con un régimen exceptuado que tiene una norma especial que lo regula y que debe ser aplicado en su integridad, resalta que Ley 91 de 1985 faculta al Fondo a hacer descuentos en salud para financiar la prestación del servicio médico asistencial, la cual fue aumentada para los afiliados a dicho fondo del 5% al 12% mediante la expedición de la Ley 812 de 2003.

Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. El Director de Defensa Jurídica, presentó escrito de intervención en el proceso de la referencia, en defensa de los intereses litigiosos de la Nación, por considerar que se deben negar las pretensiones de liquidación de la pensión de jubilación de la actora, con la inclusión de factores salariales sobre los cuales no haya realizado el respectivo aporte o cotización, en atención a la Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida por el H. Consejo de Estado, precedente jurisprudencial, que resalta, tiene carácter obligatorio y vinculante, en el que se estableció que cualquiera que sea el régimen prestacional que regule el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez, para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial, en su liquidación solamente se deben tener cuenta los factores sobre los que se realizaron los respectivos aportes o cotizaciones.

Hizo referencia, a la normatividad relacionada con la pensión de jubilación y vejez de los docentes oficiales, indicando, que son dos los regímenes aplicables según la fecha de vinculación al servicio educativo, el primero, corresponde a lo señalado en la Ley 33 de 1985, por remisión de la Ley 91 de 1989 y el segundo, al régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, resaltando, los requisitos que se deben cumplir para acceder a la pensión, cuando se trata de docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, y aquellos vinculados a partir de su vigencia, a quienes se les aplican los requisitos del régimen de prima media, esto es, la Ley 100 de

1993 y 797 de 2003, manifestando, que en todo caso, en cualquiera de los dos regímenes se deben incluir en la liquidación de la pensión, únicamente los factores sobre los cuales se efectuó el respectivo aporte o cotización, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994, y que además, en armonía con el Acto Legislativo 01 de 2005, en la liquidación de las pensiones sólo se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones, y los docentes no se encuentran exceptuados de esa disposición.

Por otra parte, precisó, sobre las reglas jurisprudenciales contenidas en la referida Sentencia de Unificación, proferida por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, el 25 de abril de 2019, en relación con el Ingreso Base de Liquidación, en las pensiones de jubilación y vejez de los docentes, y las razones por las cuales se ordenó que en dicha liquidación solamente se debían tener en cuenta los factores sobre los cuales se realizaron los correspondientes aportes o cotizaciones

Finalmente, sobre el carácter vinculante de la Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, la cual debe ser acogida de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución, tanto en vía administrativa, como en vía judicial, a través de las acciones ordinarias, como en el proceso bajo estudio, y solicitó además de su aplicación, que se dicte sentencia anticipada, por cuanto se cumplen los presupuestos establecidos en el Decreto Legislativo 806 de junio 4 de 2020, permite la expedición de sentencias anticipadas en materia de lo contencioso administrativo, señalando en el artículo que el juzgador deberá dictar sentencia anticipada: “ 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, casi en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito”.

Problema jurídico

Primer problema jurídico consiste en establecer si debe incluirse en el ingreso base de liquidación del demandante todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional por ser beneficiario del régimen de transición docentes establecido en la ley 812 de 2003 o si por el contrario no es procedente anular los actos demandados teniendo en cuenta que la entidad aplicó correctamente la Ley 33 de 1985 considerando el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el año anterior al de adquisición del status de pensionado.

El **segundo problema** jurídico consiste en establecer si es procedente declarar la nulidad del acto demandado por la derogatoria del inciso 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989 por parte del inciso 4 del artículo 81 de la ley 812 de 2003 el cual remite a la ley 100 de 1993 el tema de los descuentos en salud y la aplicabilidad de la ley 43 de 1984 y el párrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002 en donde se prohíbe descuento alguno sobre las **mesadas pensionales adicionales** o si por el contrario, como lo señala la entidad demandada, es procedente realizar los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales conforme con el inciso 5º del artículo 8 de la ley 91 de 1989 porque el inciso 4 del artículo 81 de la ley 812 de 2003 solo reguló el valor total de la tasa de cotización por parte de los docentes afiliados al Fondo Nacional a la suma de aportes que para salud e establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, sin modificar la obligación de los afiliados a aportar sobre las mesadas adicionales.

La solución del primer problema jurídico. Consideramos que se debe aplicar la voluntad del legislador razón por la que la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante corresponde al 75% del promedio de los factores que sirvieron de base para los aportes o cotizaciones durante el último año de servicio

La solución al segundo problema jurídico.- es procedente declarar la nulidad del acto demandado dado que la interpretación más acorde con la Constitución Política, especialmente con el derecho a la igualdad es la de que en el ejercicio de la autonomía legislativa la Ley 812 de 2003 determinó la regulación de la cotización en salud sobre las mesadas ordinarias mas no sobre las mesadas adicionales las cuales son una prestación separable del sistema especial razón por la que la

prohibición del régimen general es aplicable también a los docentes de conformidad con la ley 43 de 1984 y el artículo 1 del decreto 1073 de 2002

Hechos probados

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos:

- Resolución No. 6153 de 17 de septiembre de 2014, por medio de la cual se le reconoció la pensión de jubilación por aportes a partir del 04 de febrero de 2011, considerando como factores el sueldo, prima de vacaciones conforme a la ley 71 de 1988. (fls. 15-17).
- Resolución No.1681 de 06 de marzo de 2019, por la cual niega el reconocimiento y pago del ajuste a la reliquidación de la pensión por aportes teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de servicio (fls. 25 -26)
- Certificado de salarios del año 2010 y 2011 en donde se indica que los factores sobre los cuales se cotiza para el sistema de seguridad social son la asignación básica y la prima de vacaciones, folio 28.
En aras de resolver el sub-judice, el Despacho estima necesario precisar las premisas normativas que sustentarán la presente providencia:

Solución al primer problema jurídico Reliquidación Pensional Docente

De conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, las personas vinculadas al servicio educativo, a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a la misma, se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003. Criterio que fue ratificado por el parágrafo transitorio 1.º del Acto Legislativo 001 de 2005:

«[...] Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 [...]».

Así las cosas, toda vez que en el presente asunto la demandante se vinculó al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se colige que se rige por la Ley 91 de 1989 en lo referente al régimen pensional normatividad que a su vez permitió la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985 y Decreto 3135 de 1968, por tanto, no pertenece al régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues esa misma ley fue la que determinó que los docentes oficiales se encontraban cobijados por un régimen exceptuado (artículo 279).

Recuerda el despacho que, en cuanto a la liquidación de la mesada pensional, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 señaló que sería el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. En el caso de los docentes los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al estatus y/o al retiro del servicio, pues dada la condición de ser un régimen especial, estos pueden recibir mesada pensional y paralelamente continuar en el servicio oficial y obtener la remuneración salarial correspondiente.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificó el inciso 2 del artículo 3º de la citada Ley 33 del mismo año, adicionó tres (3) factores salariales a la lista allí consignada.

Respecto a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, el Consejo de Estado, mediante sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del doctor Víctor

Hernando Alvarado Ardila¹, retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, arribando a la conclusión que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión se adoptó en consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda, al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945.

Ahora bien, la Sala Plena del Consejo de Estado replanteó su tesis mediante Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, con ponencia del doctor Cesar Palomino Cortés señaló de manera clara que la regla referente al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la primera subregla que tiene que ver con el periodo de liquidación de la pensión no resulta aplicable a los docentes oficiales afiliados al Fonpremag

Y, referente a la segunda (2a) subregla aclara que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiados con la ley 33 de 1985 son únicamente aquellos factores sobre los que se haya realizado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, lo anterior se sustenta en el artículo 48° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho y lo desarrolla en consonancia con el acto legislativo 01 de 2005 cuyo inciso 6o expresamente dispone que “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”.

Consideramos que se debe aplicar la voluntad del legislador razón por la que la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante corresponde al 75% del promedio de los factores que sirvieron de base para los aportes o cotizaciones durante el último año de servicio.

Así lo determinó la sentencia unificada del Consejo de Estado del 25-04-19² con ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortés

“...De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así: a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, **los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.** b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones...”

Efectos retrospectivos de la sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019 Retomando lo indicado en Sala Plena, la anterior sentencia unificada de la sección segunda acudió al método de aplicación

¹ Expediente No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), Actor: Luís Mario Velandia.

² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 Sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17)SUJ-014-CE-S2-19

retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que es obligatorio para todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Los efectos de la decisión, dice el fallo, garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia unificada. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley.

La ley 71 de 1988

La Ley 71 de 1988, que permitió a los trabajadores acumular tiempos servidos en el sector público y privado a efectos de obtener el reconocimiento pensional por aportes, dispuso en su artículo 7, que:

“Artículo 7.- A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.

Parágrafo.- INEXEQUIBLE. ~~Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente ley, tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarán aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.”~~ (Parágrafo declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-012 de 1994)

La anterior disposición fue reglamentada por el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto 2709 de 1994, norma que consagró en su artículo primero, que:

“Artículo 1°. Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.”

El artículo 5 ibídem, se refirió a los tiempos no computables en los siguientes términos:

“Artículo 5°. Tiempo de servicios no computables. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege.”

El anterior artículo fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante sentencia del 28 de febrero de 2013³, al considerar que el ejecutivo se había excedido en sus facultades reglamentarias, comoquiera que el cómputo de los tiempos de servicio tenía reserva legislativa, por lo que no le era dable al Gobierno referirse al respecto.

³ Radicado interno 2409-08, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

El salario base para liquidar la pensión de jubilación por aportes, creada mediante la Ley 71 de 1988, fue adoptado en el artículo 6 del decreto 2709 de 1994, norma que dispuso:

“Artículo 6º. Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.”

El artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, fue derogado expresamente por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, artículo que fue declarado ajustado a derecho por la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia del 22 de septiembre de 2010⁴. Sin embargo, la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 15 de mayo de 2014⁵, declaró la nulidad parcial del artículo 24 del decreto 1474, solamente en lo relacionado con la derogación del artículo 6 del decreto 2709 de 1994, por considerar existía un vacío normativo en lo relacionado a la disposición aplicable en la liquidación de la pensión por aportes.

Sobre los efectos de la sentencia del 15 de mayo de 2014, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia del 19 de febrero de 2015, rad. 25000-23-25-000-2007-00612-01(2302-13), se indicó:

“Como no existió modulación de los efectos de la sentencia del 15 de mayo de 2014, significa que aplica la regla general conforme la cual los efectos de los fallos de nulidad de los actos administrativos son hacia el pasado, ex tunc, por ende se hace de cuenta que producen efectos desde el momento en que se profirió el acto anulado, en este caso desde el 30 de mayo de 1997 en que se dictó el Decreto 1474, que en su artículo 24 había decretado la derogatoria del artículo 6º del Decreto 2709 de 1994, de ahí que se hace de cuenta que este último nunca salió del mundo jurídico.”

El monto de la pensión de jubilación por aportes fue determinado en el artículo 8 del Decreto 2709 de 1994, que indicó lo siguiente:

“Artículo 8º. Monto de la pensión de jubilación por aportes. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley.”

Así las cosas, se tiene que la Ley 71 de 1988 y su decreto reglamentario 2709 de 1994, regularon el reconocimiento de la pensión por aportes para aquellos trabajadores que hubieren realizado cotizaciones tanto en el sector público, como en el sector privado, exigiendo para su reconocimiento, 20 años de servicios, y 60 años de edad si es hombre, o 55 de años si es mujer.

Caso concreto

La parte demandante solicita en sede judicial que se aplique el IBL con fundamento en la normatividad anterior a la ley 100 de 1993, esto es la ley 71 de 1988, para efectos de que se tengan todos los factores devengados en el último año de servicio en un 75%.

⁴ Radicado interno 2586-07, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Demandante: Luís Enrique Álvarez Vargas. Demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

⁵ Radicado interno 2427-2011, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Héctor Elías Núñez Ramos. Como razones para declarar la nulidad parcial del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, entre otras cosas, dijo la Sección Segunda:

“Así, en el presente caso, tratándose de una situación análoga a nivel reglamentario, se destaca que la norma que disponía el salario base para la liquidación de la pensión por aportes fue derogada, situación que originó un vacío normativo y obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993, aun cuando el legislador dispuso que el Gobierno Nacional debía reglamentar las condiciones para el reconocimiento y pago de la pensión por aportes (inc. 2, art. 7, Ley 71 de 1988).

Visto lo anterior, la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, desconoció no solamente la Ley 71 de 1988; sino también la Ley 100 de 1993, ya que ésta previó un régimen de transición, como un mecanismo de protección ante un tránsito legislativo para las personas que tenían la expectativa de adquirir su derecho pensional bajo una normatividad anterior, en este sentido no puede el ejecutivo en virtud del ejercicio de la facultad reglamentaria reducir de manera desproporcionada e irrazonable los beneficios de la normatividad pensional anterior, pues dejaría sin eficacia la finalidad del régimen de transición pensional.”

La accionante se encontraba vinculada como docente distrital desde el 13 de marzo de 1995 fol. 29, es decir, antes de la fecha de vigencia de la Ley 812 de 2003 - 27 de junio de 2003- por lo cual su régimen pensional corresponde al previsto en la Ley 91 de 1989, esto es el vigente para ese entonces, ley 71 de 1988.

De acuerdo con la jurisprudencia citada del 25-04-19, la demandante no tiene derecho a que se le incluyan factores distintos a los cotizados para el sistema pensional, razón por la que se negaran las pretensiones de la demanda dado que al liquidar la pensión considero el 75% del promedio de la asignación básica y, la prima de vacaciones del ultimo año de su estatus pensional el cual fue tenido en cuenta por la demandada

Solución al segundo problema jurídico **Disposición normativa, estudio sobre la violación al derecho a la igualdad y, la prohibición del régimen general de realizar cualquier descuento sobre las mesadas adicionales tal como se dispone en el parágrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002**

El artículo 8º de la Ley 91 de 1989 posibilita la deducción del 5% de cada una de las mesadas, incluidas las mesadas adicionales.

No obstante, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 incrementa la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados quienes asumen la totalidad del 12%, toda vez que la norma remitió el asunto a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Sobre este tema es dable anotar que la Ley podía ordenar a los pensionados asumir integralmente la cotización en salud. En efecto, la sentencia C-126 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero, declaró exequible el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, que precisamente establece esa obligación en cabeza de los pensionados. La Corte consideró que, en desarrollo del principio de solidaridad (CP art. 1º), y con el fin de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, bien podía la ley ordenar que los pensionados asumieran esa cotización, teniendo en cuenta la reducción del número de trabajadores activos por pensionado, y que en el momento en que la persona reúne los requisitos para acceder a la pensión, entonces cesa su obligación de cotizar por tal concepto, y por ello, *“y sin que existan equivalencias matemáticas, la disminución del ingreso del jubilado, por cuanto debe asumir integralmente su cotización en salud, es en parte compensada por el hecho de que cesa la obligación de aportar para pensiones”*.

En esas circunstancias, señaló la Corte que no es inconstitucional que la norma acusada hubiera ordenado a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cubrir toda su cotización en salud.

El interrogante que subsiste es si la norma debió o no prever una regulación igual que en el régimen general que prohíbe descuento alguno sobre las mesadas pensionales adicionales (parágrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002⁶)

⁶ **Parágrafo.** De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.

Art. 50. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión

Art. 142 Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988~~, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

~~Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.~~

PARAGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.

¿Hubo una presunta omisión legislativa? ¿el Congreso tenía la obligación de establecer para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que se han regido por un régimen de seguridad social específico, un mecanismo idéntico que prohíba descuento alguno sobre las mesadas adicionales tal como lo ordena el artículo 1 del decreto 1073 de 2002 establecido para los pensionados del régimen general de seguridad social?

El demandante considera que la ley tiene que tratar de la misma manera a los pensionados del sistema general y a los pensionados del régimen especial docente, por esta razón el incremento de la cotización y su remisión a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, tiene como efecto la derogatoria tácita del numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989.

La Carta Política no establece diferenciaciones dentro del universo de los pensionados. Por el contrario, consagra la especial protección de las pensiones y de las personas de la tercera edad. No obstante, el legislador puede diseñar regímenes especiales para determinado grupo de pensionados, siempre que tales regímenes se dirijan a la protección de bienes o derechos constitucionalmente protegidos y no resulten discriminatorios. Es el caso del establecimiento de un régimen pensional especial para la protección de los derechos adquiridos por un determinado sector de trabajadores.

El respeto por los derechos adquiridos reviste aún mayor fuerza en tratándose de derechos laborales, pues el trabajo y la seguridad social gozan de una especial protección por parte de la Carta. Por este motivo, es razonable excluir del régimen general de seguridad social a aquellos sectores de trabajadores y pensionados que, gracias a sus reivindicaciones laborales, han obtenido beneficios mayores a los mínimos constitucional y legalmente protegidos en el régimen general.

Por las razones anteriores la Corte considera que el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, **que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cubre**. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta⁷

Un régimen especial se rige por normas propias, que son diversas de las reglas del régimen general, puesto que en eso consiste su especialidad. Igualmente la Corte ha señalado que un régimen de seguridad social es un sistema normativo complejo, en el que las diversas normas parciales adquieren sentido por su relación con el conjunto normativo global. Cada régimen especial es entonces un universo propio. Por ello, ha concluido que, en principio, no es viable comparar aisladamente aspectos puntuales de un régimen especial de pensiones o de salud y el sistema general de seguridad social, por cuanto cada aspecto puede tener en cada régimen un significado parcialmente distinto. **Así, una aparente desventaja en un punto específico del régimen especial frente al sistema general de seguridad social puede estar ampliamente compensada por unos beneficios superiores previstos por ese régimen especial en otros aspectos**. Y por ello se ha señalado con claridad que quienes se encuentren adscritos a un régimen especial de seguridad social, están obligados a someterse plenamente a su normatividad, sin que resulte válido reclamar la aplicación de los derechos y garantías reconocidas para el régimen común, pues no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica⁸. Y es que admitir que una persona afiliada a un régimen especial pueda reclamar ciertos aspectos puntuales del régimen general de seguridad social implicaría la creación de

⁷ Sentencia C-461 de 1995, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamentos 4 y 5. Criterio reiterado, entre otras, en las sentencias C-941 de 2003, C-1032 de 2002, C-835 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999 y C-080 de 1999.

⁸ Ver, entre otras, las sentencias C-1032 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999, Fundamento 3, C-080 de 1999 y T-348 de 1997.

una *lex tertia*, que sería un verdadero tercer régimen, compuesto por algunos aspectos del sistema general de seguridad social y otros del régimen especial, lo cual desfiguraría totalmente la regulación establecida por la Constitución y la ley en materia de seguridad social.

Sin embargo, la Corte ha precisado que lo anterior no significa que sea imposible formular cargos de igualdad por eventuales discriminaciones que hayan podido ser ocasionadas en un régimen especial. Y precisamente con ese criterio, por ejemplo la sentencia C-461 de 1995 condicionó la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, pues consideró que esa norma, al exceptuar a los docentes del régimen de seguridad social general, había excluido a algunos pensionados afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la mesada adicional, sin prever para esos docentes un beneficio igual o equivalente a la dicha mesada adicional, lo cual era discriminatorio.

En principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a las otras prestaciones. Por ejemplo, la concesión de un tratamiento médico para ciertas dolencias puede, en muchos casos, no ser separable del conjunto de prestaciones previstas para la salud, por cuanto el régimen provee en general un paquete general de servicios. Así, el régimen de salud de un régimen especial puede ser globalmente superior, aunque sea menos benéfico en relación a un determinado servicio concreto, sin que por ello exista violación a la igualdad. **Pero en cambio, la mesada pensional adicional o la pensión de sobreviviente del cónyuge supérstite gozan de suficiente autonomía para ser consideradas prestaciones individualizables y separables del conjunto del sistema pensional, por lo cual ha sido procedente en tales eventos un examen específico de una eventual violación a la igualdad, debido a una regulación distinta en el sistema general de seguridad social y en los regímenes especiales.**

Análisis interpretativo.

En este orden de ideas, considerando que la mesada adicional es una prestación separable del conjunto del sistema pensional, no es dable argumentar que por ser beneficiario del sistema especial docente es procedente descontar a los aportes al sistema de seguridad social sobre dichas mesadas pues esto es un trato discriminatorio frente a una población similar que recibe una mesada adicional sin ningún descuento por esa razón es aplicable la prohibición establecida en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002.

Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social. Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente.⁹

En el caso en estudio no encuentra el despacho que ante el pago adicional de aportes por salud en las mesadas adicionales el régimen especial docentes se haya previsto un beneficio superior al régimen general que prohíba cualquier descuento sobre la mesada adicional, luego es notorio el trato desigual ante la inferioridad del beneficio que se pretende con el pago y la carencia de compensación es evidente puesto que el pensionado docente no recibe un resarcimiento adicional a dicho descuento

⁹ Sentencia C-080/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, criterio reiterado en las sentencias C-941 de 2003, C-1032 de 2002, C-835 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999.

lo cual va en contravía de la prestación aunado a que el aporte por concepto de salud se ha pagado con el descuento realizado la mesada ordinaria.

Así las cosas se debe entender que los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud los cuales tienen el carácter de **contribuciones parafiscales**, solamente se pueden hacer sobre las mesadas ordinarias puesto que existe una prohibición de cualquier descuento sobre las mesadas adicionales en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002.

Los aportes al sistema de salud por ser un gravamen que incide sobre la mesada pensional debe estar ordenado de manera clara en ley que así los establezca, en virtud del principio de legalidad, que debe permear toda contribución.

Tal apreciación ha sido considerada por la Corte Constitucional en Sentencia C-430 de 2009, de la siguiente forma:

“La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha atribuido a las cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, el carácter de contribuciones parafiscales, definidas como gravámenes establecidos **con carácter obligatorio por la ley para un determinado sector**, en que tales recursos se utilizan en su beneficio. Las contribuciones parafiscales no son otra cosa que un instrumento de intervención del Estado en la economía destinado a extraer recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, **y en tanto gravámenes, se encuentran ineludiblemente sujetas a los principios de legalidad y reserva de ley, progresividad, equidad y eficiencia como cualquier otro tributo.**” (C-430 de 2009).

Estimamos que hubo una derogatoria del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 razón por la que para el tema en estudio, debe darse total aplicación a la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 y, como quiera que el objeto de la disposición normativa fue establecer una contribución uniforme para todos los pensionados es entendible que dicha contribución sea sobre la mesada ordinaria, mas no sobre las mesadas adicionales.

Teniendo en cuenta que las mesadas adicionales son una prestación separable al sistema especial la prohibición del régimen general establecido en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002 es aplicable a los docentes.

Para el despacho es dable entender que si el legislador quiso establecer una misma contribución parafiscal para los pensionados esto ha sido **en virtud del principio de igualdad** frente a una población con características similares, en este caso, los pensionados del régimen general frente a los pensionados docentes, **desarrollado por el principio de equidad con el cual se pondera la distribución de las cargas** o la imposición de gravámenes **entre los contribuyentes de similares características** para evitar que haya cargas excesivas, que afecte como en este caso directamente el goce de un derecho fundamental, el cual debe ser un medio razonablemente adecuado para alcanzar un objetivo constitucionalmente admisible.

Referente a este tema la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que no es procedente efectuar descuento alguno a las mesadas adicionales de junio y diciembre por las siguientes razones: ¹⁰

“..Es de anotar que la Sala se pronunció acerca de la supresión del pago adicional de junio en relación con los docentes oficiales, mediante el Concepto No. 1857 del 22 de noviembre de 2007, razón por la cual, en esta ocasión, se remite a lo allí expresado sobre el particular.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del Dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997).
Radicación número: 1064 Posición reiterada en del 11 de marzo de 2010 con radicación No. 11-001-03-06-000-2010-00009-00 Consejero Ponente William Zambrano Cetina

Ahora bien, en cuanto a las cotizaciones, la ley 100 de 1993 establece en el artículo 204 lo siguiente:

“Artículo 204.- Monto y distribución de las cotizaciones.- Inciso primero, modificado por el artículo 10 de la ley 1122 de 2007.- La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%). Inciso segundo.-

Inciso adicionado por el artículo 1° de la ley 1250 del 27 de noviembre de 2008.- La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, (la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008)”¹¹.

Inciso segundo original de la ley 100/93.- Declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-577 de 4 de diciembre de 1995. (...)” (Resalta la Sala).

En el punto que interesa a la consulta, se observa que el inciso adicionado por la ley 1250 de 2008 dispone que la cotización **mensual** de los pensionados es del 12% **de la respectiva mesada pensional**, con lo cual se advierte que esta cotización se descuenta de las mesadas pensionales ordinarias, esto es, las que se pagan por las mensualidades del año, no por la mensualidad adicional de diciembre o el pago adicional de junio.

En otras palabras, la cotización del 12% del mes de **junio**, por ejemplo, se toma “de la respectiva mesada pensional”, como dice la norma, es decir, de la mesada de junio, de la mesada correspondiente a ese mes, **no del pago adicional de junio**, para el caso de los pensionados que dentro del régimen pensional analizado, tienen derecho a este pago.

Lo mismo sucede con la cotización de **diciembre**, ésta se descuenta sobre la mensualidad pensional **ordinaria de diciembre**, no sobre la mensualidad **adicional** que se paga en ese mes.

El artículo 27 del Código Civil¹² establece como criterio de interpretación jurídica la literalidad de la norma cuando es clara, como sucede en el presente caso, ya que el inciso adicionado al artículo 204 de la ley 100 de 1993 por el artículo 1° de la ley 1250 de 2008, que es la norma aplicable a los docentes del segundo régimen pensional, conforme a lo explicado, establece claramente que la cotización mensual para salud de los pensionados se toma de la respectiva mesada pensional, esto es, **de la del respectivo mes, no de un concepto distinto, como sería una mensualidad o pago adicional**.

La disposición emplea las expresiones “mensual” para calificar a la cotización y “respectiva” para referirse a la mesada pensional, con lo cual está haciendo alusión evidentemente a la cotización que se paga ordinariamente en el mes, no se refiere en ningún momento, a cotizaciones derivadas del pago o la mensualidad adicionales que existen en los meses de **junio y diciembre**, según el caso, pues si así fuera lo hubiera dicho y no habría utilizado las mencionadas expresiones....”

Ahora bien, desde la ley 43 de 1984, norma que se ocupó de la clasificación de las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del poder

¹¹ La parte entre paréntesis fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-430 de 2009, con efectos desde el 27 de noviembre de 2008.

¹² Código Civil.- “Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. (...)”.

público, el legislador tuvo a bien prohibir los descuentos sobre la mesada pensional adicional de diciembre, establecidos por el artículo 90 del decreto 1848 de 1969, es decir, el aporte para salud.

La **Ley 43 de 1984** dispuso:

"ARTICULO 5o. A los pensionados a que se refiere la presente ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional.

Las mensualidades que devengan los pensionados a que se refiere la presente ley tendrán las exenciones tributarias de ley."

Mediante el Decreto 1073 de 24 de mayo de 2002, por el cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988, y se regulan aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media, se estableció la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas que se consideran adicionales, así:

"Artículo 1°. Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales."

Este artículo fue declarado nulo parcialmente por el H. Consejo de Estado, en la Sentencia de fecha 3 de febrero de 2005 **y se dispone solo respecto a la mesada adicional gobernada por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993** (la del mes de junio).¹³

A su vez, el artículo 16 del Decreto 732 de 1976 reglamentario de la Ley 4ª de 1976 señalaba que para la cobertura de las prestaciones en él establecidas, los funcionarios y empleados contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación y un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica ordinaria.

El artículo 7º de la Ley 42 de 1982 *"Por la cual se determinan los Grados de las Organizaciones Gremiales de los Pensionados y se dictan otras disposiciones"* prohibió todo descuento a la mensualidad adicional de diciembre creada por el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976, tanto a las organizaciones gremiales, como a las entidades encargadas del pago de pensiones¹⁴. Dicha prohibición fue ratificada por la Ley 43 de 1984¹⁵.

Nuestro órgano de cierre en los citados pronunciamientos ha estimado improcedentes los descuentos por concepto en salud en las mesadas adicionales, de junio y diciembre, previstas en los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, criterio que acoge este Despacho puesto que la voluntad del legislador fue regular **"... El valor total de la tasa de cotización** por los docentes afiliados al fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003..." **resaltando que el legislador no señala el valor parcial de la tasa de cotización para ser completada por otra disposición normativa y entendiendo que la tasa de cotización es realizada en la pensión de la del respectivo mes, no de un concepto distinto, como sería una mensualidad o pago adicional**, tal como lo interpretó la Sala de Consulta y Servicio Civil

Según la Real Academia Española de la lengua la palabra TOTAL viene del latín mediev totalis, y este derivado el latín totus 'todo entero' y significa el Resultado de una suma u otras operaciones; así

¹³ ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará **con la mesada del mes de junio** de cada año, a partir de 1994.

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual".

¹⁴ARTÍCULO 7o. La mensualidad adicional de que trata el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976 no será objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones.

¹⁵ "Artículo 5º.- A los pensionados a que se refiere la presente Ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional".

las cosas consideramos que en el ejercicio de la autonomía legislativa se determinó que la contribución parafiscal estuviera regulada en su totalidad en los términos de las leyes 100 de 1993 y 797 de 1993, luego no es procedente señalar que en consonancia con el régimen docente es dable el descuento para la mesadas pensionales adicionales cuando dicha ley fue derogada por el legislador al regular de manera integral la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG.

Caso concreto

El demandante elevó petición ante la secretaria de educación el 11 de enero de 2019 solicitando el reintegro de todos los descuentos de las mesadas adicionales y, su no cobro por improcedencia legal a folios 25 del expediente. Mediante resolución 1681 de 06 de marzo de 2019 la entidad niega la anterior solicitud.

Consideramos que en el ejercicio de la autonomía legislativa se determinó que la contribución parafiscal estuviera regulada en su totalidad en los términos de las leyes 100 de 1993 y 797 de 1993, luego no es procedente señalar que en consonancia con el régimen docente es dable el descuento para la mesadas pensionales adicionales cuando dicha ley fue derogada por el legislador al regular de manera integral la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG, adicionalmente, siendo una prestación separable del sistema está prohibido en los términos del artículo 1 del decreto del decreto 1073 de 2002 realizar algún tipo de descuento.

En consecuencia, se ordenará a la Nación – Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, suspender los cuestionados descuentos en salud y restituir las sumas descontadas en las mesadas adicionales por concepto de salud, teniendo en cuenta la correspondiente prescripción que se describe a continuación.

Prescripción En lo concerniente a la prescripción trienal, establece el artículo 151 de Código de Procedimiento Laboral

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

Por tanto, se ha de indicar que en la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que la señora Carmen Elena Quintero, le fue reconocida la pensión efectiva a partir del **04 de febrero de 2011** y, elevó petición el **11 de enero de 2019** según resolución N. 1681 de 06 de marzo de 2019 habiendo transcurrido más de tres (3) años entre el reconocimiento pensional y la solicitud de reintegro y cesación de descuentos por salud en las mesadas adicionales.

Así las cosas, y atendiendo que con la radicación de la petición elevada a la entidad demandada se interrumpen los términos prescriptivos, partiremos en el conteo de los términos del **11 de enero de 2019** ordenando el **reintegro** de los dineros descontados por concepto de salud de las mesadas adicionales de **diciembre** a partir del **11 de enero de 2016** por prescripción trienal.

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero

Respecto de los valores que resulten a favor de la parte, debe aplicarse la fórmula siguiente, que ha sido debidamente sustentada por el Honorable Consejo de Estado, basándose en el artículo 178 del C.C.A., hoy inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., y que tiene por objeto traer a valor presente las suma que dejó de recibir el censor, protegiéndose así a la persona de los altos índices de desvalorización monetaria:

R= RH Índice final

Índice inicial

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de los descuentos mencionados desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago¹⁶.

La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en el artículo 197 del C.P.A.C.A. Se dará cumplimiento a esta sentencia igualmente, de conformidad a lo establecido en el inciso 1° del citado artículo.

Costas. La Ley 1437 de 2011 en el artículo 188, estableció que *“Salvo en los procesos 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”*.

En este caso, no se condenará en costas al demandante teniendo en cuenta que no se ha probado en esta instancia las agencias en derecho además de no evidenciar una actuación temeraria con ocasión al cambio jurisprudencial del H. Consejo de Estado.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. - DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No.1681 de 06 de marzo de 2019 de conformidad con la parte motiva de la sentencia

SEGUNDO. - Como consecuencia de la anterior declaración, **ORDENAR** la **suspensión** de los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la demandante ANA LEONOR REYES y, **el reintegro de tales aportes** a partir del 11 de enero 2016, por las razones expuestas en la parte motiva.

Respecto de los valores que resulten a favor de la parte, se actualizarán según la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia y, a partir de allí se pagarán los intereses establecidos en el artículo 192 del C.P.A.C.A. a no ser que se dé el supuesto señalado en el inciso 4 de dicha normatividad

TERCERO. - El cumplimiento de la sentencia es de conformidad con los artículos 192 y ss Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *El acto* será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

CUARTO. - SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

QUINTO. - NEGAR las demás pretensiones de la demanda

SEXTO: En firme esta sentencia, por la Secretaría **COMUNICAR** su contenido a la entidad condenada para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011) así mismo, se autoriza desde ahora la expedición de copia del fallo en los términos del numeral artículo 114 del

¹⁶Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de julio de 2006, radicado interno No. 5116-05.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00157
Demandante: Ana Leonor Reyes
Demandado: Ministerio de Educación - FOMAG

C.G.P. si alguna de las partes lo solicita y se ordena el **ARCHIVO** de las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTÁ-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación: 6f6839ccbd873cce0afc1290d87dfc75a18d4eab47dd935a645d29cca9eeac1f
Documento generado en 14/09/2020 11:14:42 a.m.



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

En Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2019-00149

Demandante: CLAUDIA PATRICIA GARCIA AGUIRRE

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG

Tema: Sanción moratoria

Sentencia No. 19

Escuchados los alegatos de las partes y evidenciando que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del Medio de Control teniendo en cuenta las siguientes pretensiones de la demanda:

Pretensiones de la demanda

1. Que se declare la existencia y la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 06 de septiembre de 2018 con ocasión a la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria radicada el 06 de junio de 2018 ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional –Fomag a pagar a la demandante la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías parciales, contados desde los setenta (70) días hábiles de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada hasta cuando se hizo efectivo el pago.
3. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de la sanción moratoria tomando como base la variación del I.P.C., desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.
4. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria.
5. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A.
6. Que la demandada de cumplimiento a la sentencia que se dicte en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

Normas Violadas y Concepto de Violación: El demandante refirió el desconocimiento de las leyes 91 de 1989 en sus artículos 5 y 15, 244 de 1995 artículos 1 y 2 y 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

Estimó que la entidad ha estado vulnerando el derecho al pago oportuno de cesantías por cuanto las cancela por fuera de los términos de ley, generando una sanción a favor del demandante equivalente a 1 día de salario por cada día de retardo, tal y como lo dispone la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

Contestación de la demanda - Debidamente notificada la entidad demandada señaló que la sanción dispuesta en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 no puede aplicarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por tener los docentes un régimen especial.

jadmin17bta@notificacionesrj.gov.co

Cra. 57 N. 43-91, Piso 4

Manifiesta que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, no expidió el acto administrativo que reconoció la prestación social, ya que fue expedido por la Secretaría de Educación respectiva en uso de las facultades que le confirió el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el decreto 2831 de 2005. Referente a la sanción por mora por el no pago oportuno de las cesantías, señala que por ser una sanción legal no se extiende a los docentes en razón a que Ley docente no la incorpora, en consecuencia, arguye que no puede aplicarse la sanción moratoria de la ley 1071 de 2006 ya que ésta no puede aplicarse por analogía (fls.54-62).

Alegatos de Conclusión

La demandante: se encuentra demostrado la fecha de pago de las cesantías y, con ello la procedencia de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, la Sentencia de Unificación, emitida por el H. Consejo de Estado de 18 de julio de 2018, dentro del expediente No. 73001-23-33-000-2014-00580 y, la sentencia SU -336 de 2017

La Demandada: Solicita la improcedencia de indexación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, argumentando es una penalidad de carácter económico y la no condena en cosas conforme al artículo 365 del Código General del Proceso y los pronunciamientos del Consejo de Estado

Problema jurídico: Corresponde en este asunto determinar si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el valor de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías reconocidas por la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante Resolución No.9299 de 16 de diciembre de 2016, en los términos del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 o si no le asiste tal derecho porque su régimen especial no lo contempla, como lo plantea la demandada.

Solución al problema jurídico: acogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, consideramos que el cargo docente se asimila a los cargos de los empleados públicos, razón por la que tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantías como beneficiaria del régimen general de los empleados públicos en los aspectos no regulados por la Ley 91 de 1989 (sentencias C-741 de 2012, C-486 de 2016, SU-336 de 2017 de la H. Corte Constitucional y SU-012 de 2018 del Consejo de Estado).

Hechos probados

- 1.- Solicitud de reconocimiento y pago de su cesantía parcial ante la Secretaría de educación de Bogotá 14 de julio de 2016 (fl.16).
- 2.- Mediante la Resolución No.9299 de 16 de diciembre de 2016, la entidad reconoce y ordena el pago de su cesantía parcial (fl.16-17).
- 3.- Según certificado del pago de las cesantías parciales quedó a disposición de la demandante el 27 de febrero de 2017 (fl.21)
- 4.- El 06 de junio de 2018, la demandante presenta solicitud de reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 1071 de 2006 (fls.13-14)
- 5.- El salario percibido por el demandante en el año 2016 fue de \$1.624.511(Fl. Expediente administrativo que se encuentra en CD (fl.56).

Análisis jurídico del caso. La Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados. Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y, los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional. En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, conservarían el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial y, a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.¹

Estando a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías y siendo aplicables a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990 las disposiciones jurídicas de carácter prestacional que se expidieran a futuro para los empleados públicos del orden nacional es procedente la aplicación de la sanción moratoria desarrollada por la Ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006 porque esta norma fue expedida a favor de todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, incluyendo las entidades que prestan servicios públicos y de educación del orden nacional y territorial en desarrollo del inciso final del artículo 53 de la C.P. en razón a que los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados de manera oportuna.²

El H. Consejo de Estado Subsección A³y, B⁴ y, la Corte Constitucional **SU336/17** han señalado la aplicabilidad de la sanción moratoria a favor de los docentes en razón a la Ley 1071 de 2006 que modificó la Ley 244 de 1995, dado que esta disposición normativa aplica a todos los empleados y trabajadores del estado como quedó contemplado en la exposición de motivos al advertir que “... la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo aparato del estado, no sólo a nivel nacional sino territorial”

La Corte Constitucional para llegar a la conclusión señalada asimiló a los docentes como empleados públicos por “existir importantes semejanzas, incluso identidades entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que, según explicó, son propias del trabajo de los docentes oficiales, entre ellas, cumplir tareas propias y típicas de entidades administrativas y la circunstancia de ser empleados de carrera, que se vinculan previo concurso, a través de un acto administrativo de nombramiento. Y, recordó que a partir de la ley 91 de 1989 en lo que tiene que ver con el pago de cesantías el FOMAG se rige por la normatividad aplicable a los empleados del sector público nacional⁵, en virtud del principio de favorabilidad en

¹ El numeral 1° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, señala: “ Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. 2. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley”.

² Sobre la calidad de los docentes como de servidores públicos, indica la Ley 60 de 1993: “El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992.

Así mismo, la Ley 115 de 1994 señala que los docentes son: “Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial...”.

³ sentencia del 21 de octubre de 2011 Radicación interna 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09) ponencia Gustavo Gómez Aranguren Actor Eduardo Montoya Villafañe, sentencia del 10 de julio de 2014 radicación No. 17001-23-33-000201-00080-01(2099-13) Ponencia de Luis Rafael Vergara Quintero. Actor Martha Lucia Hernández Clavijo y, sentencia del 17 de noviembre de 2016 radicación 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014) Ponencia de William Hernández Gómez. Actor Fabio Ernesto Rodríguez Díaz.

⁴ Sentencia del 22 de enero de 2015 con radicación 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14) Ponencia Sandra Lisseth Ibarra Vélez. Actor Yaneth Lucia Gutiérrez Gutiérrez y sentencia del 14 de diciembre de 2015 con radiación 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14). Actor Diva Liliana Diago de Castillo.

⁵ Sentencia C-486 de 2016.

materia laboral, se debe dar aplicación al criterio de la condición que resulte más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.⁶⁷

El Consejo de Estado, mediante Sentencia de Unificación SU-012 de 2018, reiteró que los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

Marco normativo de la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías La sanción moratoria es una sanción a favor del trabajador con el propósito de resarcir los daños que se causaron a éste con ocasión del incumplimiento en el pago de sus cesantías. Su objeto es proteger el derecho de los servidores a percibir la liquidación de sus cesantías.⁸

⁶ De conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Constitución la legislación en materia laboral debe garantizar ciertos principios mínimos a favor del trabajador, como lo son "la igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad". El principio de favorabilidad ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como aquel que se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. Según ha sostenido la Corte, en estos eventos "los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social" (sentencia T-832A de 2013). En otras palabras, si bien los jueces, incluyendo las Altas Cortes, tienen un amplio margen de interpretación en las normas laborales, "no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquél que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. En consecuencia, una conducta contraria configura un defecto que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, por desconocimiento directo del artículo 53 Constitucional" (sentencia T-350 de 2012).

⁷ Señala la Corte: "... La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido. (ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989. (iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales. (v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales. (vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución. (vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012) "

⁸ La sanción moratoria de manera particular, se encuentra desarrollada por la ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006, publicada el 31 de julio de 2006, así: **"ARTÍCULO 1o. OBJETO.** La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación. **ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN.** Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará 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 trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro. **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

Según la norma y conforme con la sentencia del 17 de noviembre de 2016, radicado interno 1520-2014, reiterando la sentencia del 27 de marzo de 2007, radicado interno 2777-04, la Administración debe liquidar a los funcionarios o exfuncionarios las cesantías parciales o definitivas dentro de los 15 días siguientes a la solicitud y, una vez agotado el procedimiento administrativo, tiene 45 días hábiles para pagarla; si en éste término no se cumple, a partir del día siguiente, deberá cancelar al servidor o exservidor un día de salario por cada día de retardo, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en dicha disposición normativa.

De esta forma, las entidades empleadoras, dentro de los **quince (15) días** hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas o parciales, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° de la misma ley, tienen un plazo máximo de **cuarenta y cinco (45) días** hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo para cancelar la prestación.

Contabilización de los términos en el caso estudiado. Revisados los documentos, se observa que la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías se presentó ante la Secretaría de Educación de Bogotá el **14 de julio de 2016**; en consecuencia, para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se causa la mora a partir del **26 de octubre de 2016**, partiendo del hecho que el **05 de agosto de 2016** se cumplieron los 15 días para que la entidad proferiera el acto administrativo que liquidara y reconociera el pago de las cesantías parciales; 10 días más de ejecutoria que finalizan el **22 de agosto de 2016** de conformidad con el C.P.A.C.A., debiendo quedar en firme el acto en esta fecha; seguidamente, se deben contabilizar 45 días para cancelar la prestación los cuales **se cumplieron el 25 de octubre de 2016**; por tanto, el día siguiente, es decir, desde el **26 de octubre de 2016** hasta el **26 de febrero de 2017** fecha anterior en que se efectuó el pago según certificado visible a folio 21, es el rango de tiempo dentro del cual se debe contabilizar la sanción moratoria que debe pagar el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como quiera que la demandante se encuentra dentro del supuesto consagrado en el parágrafo del artículo 5° de la ley 1071 de 2006, tiene derecho al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías hasta que se hizo efectivo su pago.

Prescripción. - Conforme con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁹, se ha de indicar que, de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que la mora, objeto de las pretensiones, se generó a partir del **26 de octubre de 2016** y la reclamación se realizó el **06 de junio de 2018** (fl.13), ante la Secretaría de Educación de Bogotá - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Como quiera que la demandante tenía hasta el **26 de octubre de 2019** para reclamar la sanción moratoria, en el presente caso no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción.

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

⁹ En lo concerniente a la prescripción en sentencia del quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018), con Ponencia del H. Consejero William Hernández Gómez, la Subsección A –Sección Segunda del Consejo de Estado⁹, estableció lo siguiente “Prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 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 accesorios 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 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 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, 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, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990”.

Salario que se debe tener en cuenta para la liquidar la sanción la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 del Honorable Consejo de Estado indicó que para las cesantías será la asignación básica que devengue el servidor público al momento de causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo y para la liquidación en los términos del artículo 134 del CST se toma en cuenta que el mes tiene 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses equivale a 360 días al año¹⁰, así:

Salario mensual	Salario diario	Fecha de inicio de la mora	Día anterior al Pago	Días en mora	Total, sanción por mora
\$1'624.511 ¹¹	54.150 ¹²	26-10-2016	26-02-2017	120 ¹³	\$6'498.000 ¹⁴

Conforme la liquidación realizada anteriormente, se tiene que el valor que debe pagar la entidad demandada por sanción mora por pago tardío de las cesantías definitivas de la accionante, es de **\$6'498.000 pesos**

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero Ahora bien, en torno a la solicitud de indexación, este Despacho acoge el criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, en la cual examinó la exequibilidad del parágrafo transitorio del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, al no resultar razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella¹⁵. Por tal razón este Despacho no accederá a la pretensión de indexación solicitada, siendo ésta la línea adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado:

“[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996¹⁶, la jurisprudencia del Consejo de Estado ¹⁷ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que “la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995¹⁸ [...]”

¹⁰ La Sentencia T-248 de 2008 menciona la sentencia del 10 de noviembre de 1982, dictada dentro del expediente No. 3524, en donde actuó como ponente el doctor Álvaro Orejuela Gómez, la cual fue reiterada en fallos del 12 de septiembre de 1996, expediente No. 9171, Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro y del 20 de noviembre de 1998, expediente No. 13310, la Sección Segunda sostuvo; “(...)Para nadie es desconocido que al servidor público, se le señala una remuneración mensual única, tomando el mes como de treinta días, independiente de que éste tenga 28 o 31. En el mismo sentido, en el campo privado, el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo contempla de manera enfática que “El salario en dinero debe pagarse por períodos iguales y vencidos, en moneda legal.” Así, si para el salario mensual se toma en cuenta el mes de 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses que componen un año equivale a 360 días al año, es lógico, indiscutible y correcto, que la misma regla deba aplicarse para las cotizaciones obligatorias de los distintos regímenes (...)”.

¹¹ Salario recibido en el año 2016, según certificación obrante en el expediente administrativo cd folio 56.

¹² Resultado de \$54.150/30 días

¹³ Días comprendidos entre el 26 d octubre de 2016 hasta el 26 de febrero de 2017, de 30 días del mes.

¹⁴ Resultado de: 78.768*120

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996 “(...) [L]a sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía, sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. (...)”.

¹⁶ Mediante la cual la Corte declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3.º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: “Así, el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...) En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella” (Resaltado no es del texto original).

¹⁷ Por mencionar una de tantas, se puede consultar la sentencia del 31 de enero del 2008 de la Sección Segunda, Subsección A, radicado interno 7749-05, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁸ Sentencia del 5 de agosto de 2010 de la Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 1521- 2010, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.¹⁹

Es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.²⁰

Los intereses A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del C.P.A.C.A., a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Costas El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que *“Salvo en los procesos 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”*. El numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso²¹, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado²² ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.²³

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “A” Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 Número Interno: 1520-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación SU-012 de 2018.

²¹ Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

²² Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

²³ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, dado que no se evidencia temeridad o mala fe, aunado a la falta de pruebas sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA EXISTENCIA del acto ficto o presunto configurado el 06 de septiembre de 2018, con ocasión a la petición presentada el día 06 de junio de 2018, al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD del acto ficto demandado, conforme con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, **a pagar**, en favor de la señora CLAUDIA PATRICIA GARCIA AGUIRRE en el periodo comprendido entre el 26 de octubre de 2016 hasta el 26 de febrero de 2017, **con 120** días de mora, que equivalen a la suma de **\$ 6'498.000 pesos**, en los términos de la parte motiva de este fallo.

CUARTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El acto será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

SEXTO. SIN COSTAS en esta instancia.

SÉPTIMO. Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada el contenido de este fallo. Expídase copia de este fallo a las partes de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P. si así lo solicitan y archívese el proceso previo registro por el sistema siglo XXI.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172019-00149
Demandante: Claudia Patricia García Aguirre
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación:

b106415a0ea2ca5933f405708154222981bf13cf31ebf3fa8ba844f9330bd248

Documento generado en 14/09/2020 08:59:18 a.m.



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

En Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00148
Demandante: CLARA VICTORIA BALCAZAR GARZÓN
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
Tema: Sanción moratoria

Sentencia No. 16

Procede el Despacho a proferir Sentencia Anticipada de primera instancia, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, artículo 13, numeral 1° teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

Pretensiones de la demanda

1. Que se declare la existencia y la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 06 de septiembre de 2018 con ocasión a la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria radicada el 06 de junio de 2018 ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional – Fomag a pagar a la demandante la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías parciales, contados desde los setenta (70) días hábiles de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada hasta cuando se hizo efectivo el pago.
3. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de la sanción moratoria tomando como base la variación del I.P.C., desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.
4. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria.
5. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A.
6. Que la demandada de cumplimiento a la sentencia que se dicte en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

Normas Violadas y Concepto de Violación: El demandante refirió el desconocimiento de las leyes 91 de 1989 en sus artículos 5 y 15, 244 de 1995 artículos 1 y 2 y 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

Estimó que la entidad ha estado vulnerando el derecho al pago oportuno de cesantías por cuanto las cancela por fuera de los términos de ley, generando una sanción a favor del demandante equivalente a 1 día de salario por cada día de retardo, tal y como lo dispone la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

Debidamente notificada la entidad demandada guardó silencio.

Alegatos de Conclusión

La demandante: se encuentra demostrado la fecha de pago de las cesantías y, con ello la procedencia de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, la Sentencia de Unificación, emitida por el H. Consejo de Estado de 18 de julio de 2018, dentro del expediente No. 73001-23-33-000-2014-00580 y, la sentencia SU -336 de 2017

Problema jurídico: Corresponde en este asunto determinar si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el valor de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías reconocidas por la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante Resolución No.1288 de 29 de febrero de 2016, en los términos del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 o si no le asiste tal derecho porque su régimen especial no lo contempla, como lo plantea la demandada.

Solución al problema jurídico: acogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, consideramos que el cargo docente se asimila a los cargos de los empleados públicos, razón por la que tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantías como beneficiaria del régimen general de los empleados públicos en los aspectos no regulados por la Ley 91 de 1989 (sentencias C-741 de 2012, C-486 de 2016, SU-336 de 2017 de la H. Corte Constitucional y SU-012 de 2018 del Consejo de Estado).

Hechos probados

- 1.- Solicitud de reconocimiento y pago de su cesantía parcial ante la secretaria de educación de Bogotá 27 de noviembre de 2015 (fl.15).
- 2.- Mediante la Resolución No.1288 de 29 de febrero de 2016, la entidad reconoce y ordena el pago de su cesantía parcial (fl.15-17).
- 3.- Según certificado expedido por la Fiduprevisora el pago de las cesantías parciales quedó a disposición de la demandante el 14 de junio de 2016 (fl.19)
- 4.- El 06 de junio de 2018, la demandante presenta solicitud de reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 1071 de 2006 (fls. 12-14)
- 5.- El salario percibido por el demandante en el año 2016 fue de \$ 2'866.699 (Fl. Expediente administrativo que se encuentra en CD (fl.53)

Análisis jurídico del caso. La Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados. Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y, los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional. En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, conservarían el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial y, a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero

de 1990, se les aplicarían un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.¹

Estando a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías y siendo aplicables a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 las disposiciones jurídicas de carácter prestacional que se expidieran a futuro para los empleados públicos del orden nacional es procedente la aplicación de la sanción moratoria desarrollada por la Ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006 porque esta norma fue expedida a favor de todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, incluyendo las entidades que prestan servicios públicos y de educación del orden nacional y territorial en desarrollo del inciso final del artículo 53 de la C.P. en razón a que los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados de manera oportuna.²

El H. Consejo de Estado Subsección A³y, B⁴ y, la Corte Constitucional **SU336/17** han señalado la aplicabilidad de la sanción moratoria a favor de los docentes en razón a la Ley 1071 de 2006 que modificó la Ley 244 de 1995, dado que esta disposición normativa aplica a todos los empleados y trabajadores del estado como quedó contemplado en la exposición de motivos al advertir que “... la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo aparato del estado, no sólo a nivel nacional sino territorial”

La Corte Constitucional para llegar a la conclusión señalada asimiló a los docentes como empleados públicos por “existir importantes semejanzas, incluso identidades entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que, según explicó, son propias del trabajo de los docentes oficiales, entre ellas, cumplir tareas propias y típicas de entidades administrativas y la circunstancia de ser empleados de carrera, que se vinculan previo concurso, a través de un acto administrativo de nombramiento. Y, recordó que a partir de la ley 91 de 1989 en lo que tiene que ver con el pago de cesantías el FOMAG se rige por la normatividad aplicable a los empleados del sector

¹ El numeral 1º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, señala: “ Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. 2. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley”.

² Sobre la calidad de los docentes como de servidores públicos, indica la Ley 60 de 1993: “El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992.

Así mismo, la Ley 115 de 1994 señala que los docentes son: “Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial...”.

³ sentencia del 21 de octubre de 2011 Radicación interna 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09) ponencia Gustavo Gómez Aranguren Actor Eduardo Montoya Villafañe, sentencia del 10 de julio de 2014 radicación No. 17001-23-33-000201-00080-01(2099-13) Ponencia de Luis Rafael Vergara Quintero. Actor Martha Lucia Hernández Clavijo y, sentencia del 17 de noviembre de 2016 radicación 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014) Ponencia de William Hernández Gómez. Actor Fabio Ernesto Rodríguez Díaz.

⁴ Sentencia del 22 de enero de 2015 con radicación 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14) Ponencia Sandra Lisseth Ibarra Vélez. Actor Yaneth Lucia Gutiérrez Gutiérrez y sentencia del 14 de diciembre de 2015 con radiación 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14). Actor Diva Liliana Diago de Castillo.

público nacional ⁵, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, se debe dar aplicación al criterio de la condición que resulte más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.⁶⁷ El Consejo de Estado, mediante Sentencia de Unificación SU-012 de 2018, reiteró que los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

Marco normativo de la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías La sanción moratoria es una sanción a favor del trabajador con el propósito de resarcir los daños que se causaron a éste con ocasión del incumplimiento en el pago de sus cesantías. Su objeto es proteger el derecho de los servidores a percibir la liquidación de sus cesantías.⁸

⁵ Sentencia C-486 de 2016.

⁶ De conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Constitución la legislación en materia laboral debe garantizar ciertos principios mínimos a favor del trabajador, como lo son “la igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”. El principio de favorabilidad ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como aquel que se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. Según ha sostenido la Corte, en estos eventos “los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social” (sentencia T-832A de 2013). En otras palabras, si bien los jueces, incluyendo las Altas Cortes, tienen un amplio margen de interpretación en las normas laborales, “no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquél que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. En consecuencia, una conducta contraria configura un defecto que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, por desconocimiento directo del artículo 53 Constitucional” (sentencia T-350 de 2012).

⁷ Señala la Corte: “... La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido. (ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989. (iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales. (v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales. (vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución. (vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012)”

⁸ La sanción moratoria de manera particular, se encuentra desarrollada por la ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006, publicada el 31 de julio de 2006, así: “ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación. ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará 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 trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro. 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

Según la norma y conforme con la sentencia del 17 de noviembre de 2016, radicado interno 1520-2014, reiterando la sentencia del 27 de marzo de 2007, radicado interno 2777-04, la Administración debe liquidar a los funcionarios o exfuncionarios las cesantías parciales o definitivas dentro de los 15 días siguientes a la solicitud y, una vez agotado el procedimiento administrativo, tiene 45 días hábiles para pagarla; si en éste término no se cumple, a partir del día siguiente, deberá cancelar al servidor o exservidor un día de salario por cada día de retardo, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en dicha disposición normativa.

De esta forma, las entidades empleadoras, dentro de los **quince (15) días** hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas o parciales, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5º de la misma ley, tienen un plazo máximo de **cuarenta y cinco (45) días** hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo para cancelar la prestación.

Contabilización de los términos en el caso estudiado. Revisados los documentos, se observa que la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías se presentó ante la Secretaría de Educación de Bogotá el **día 27 de noviembre de 2015**; en consecuencia, para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se causa la mora a partir del **11 de marzo de 2016**, partiendo del hecho que el **21 de diciembre de 2015** se cumplieron los 15 días para que la entidad proferiera el acto administrativo que liquidara y reconociera el pago de las cesantías parciales; 10 días más de ejecutoria que finalizan el **6 de enero de 2016** de conformidad con el C.P.A.C.A., debiendo quedar en firme el acto en esta fecha; seguidamente, se deben contabilizar 45 días para cancelar la prestación los cuales **se cumplieron el 10 de marzo de 2016**; por tanto, el día siguiente, es decir, desde el **11 de marzo de 2016** hasta el **13 de junio de 2016** fecha anterior en que se efectuó el pago según certificado visible a folio 19, es el rango de tiempo dentro del cual se debe contabilizar la sanción moratoria que debe pagar el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como quiera que la demandante se encuentra dentro del supuesto consagrado en el parágrafo del artículo 5º de la ley 1071 de 2006, tiene derecho al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías hasta que se hizo efectivo su pago.

Prescripción. - Conforme con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁹, se ha de indicar que, de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que la mora, objeto de las pretensiones, se generó a partir del **11 de marzo de 2016** y la reclamación se realizó el **06 de junio de 2018** (fl.12), ante la Secretaría de Educación de Bogotá - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Como quiera que la demandante tenía hasta el **11**

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

⁹ En lo concerniente a la prescripción en sentencia del quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018), con Ponencia del H. Consejero William Hernández Gómez, la Subsección A –Sección Segunda del Consejo de Estado⁹, estableció lo siguiente “Prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 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 accesorios 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 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, si 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 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, 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, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990”.

de marzo de 2019 para reclamar la sanción moratoria, en el presente caso no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción.

Salario que se debe tener en cuenta para la liquidar la sanción la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 del Honorable Consejo de Estado indicó que para las cesantías será la asignación básica que devengue el servidor público al momento de causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo y para la liquidación en los términos del artículo 134 del CST se toma en cuenta que el mes tiene 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses equivale a 360 días al año¹⁰, así:

Salario mensual	Salario diario	Fecha de inicio de la mora	Día anterior al Pago	Días en mora	Total, sanción por mora
\$2'866.699 ¹¹	95.556 ¹²	11-03-2016	13-06-2016	93 ¹³	\$8'886.766 ¹⁴

Conforme la liquidación realizada anteriormente, se tiene que el valor que debe pagar la entidad demandada por sanción mora por pago tardío de las cesantías definitivas de la accionante, es de **\$8'886.766 pesos**.

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero Ahora bien, en torno a la solicitud de indexación, este Despacho acoge el criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, en la cual examinó la exequibilidad del parágrafo transitorio del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, al no resultar razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella¹⁵. Por tal razón este Despacho no accederá a la pretensión de indexación solicitada, siendo ésta la línea adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado:

“[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996¹⁶, la jurisprudencia del Consejo de Estado ¹⁷ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que “la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación

¹⁰ La Sentencia T-248 de 2008 menciona la sentencia del 10 de noviembre de 1982, dictada dentro del expediente No. 3524, en donde actuó como ponente el doctor Álvaro Orejuela Gómez, la cual fue reiterada en fallos del 12 de septiembre de 1996, expediente No. 9171, Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro y del 20 de noviembre de 1998, expediente No. 13310, la Sección Segunda sostuvo: “(...)Para nadie es desconocido que al servidor público, se le señala una remuneración mensual única, tomando el mes como de treinta días, independiente de que éste tenga 28 o 31. En el mismo sentido, en el campo privado, el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo contempla de manera enfática que “El salario en dinero debe pagarse por periodos iguales y vencidos, en moneda legal.” Así, si para el salario mensual se toma en cuenta el mes de 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses que componen un año equivale a 360 días al año, es lógico, indiscutible y correcto, que la misma regla deba aplicarse para las cotizaciones obligatorias de los distintos regímenes (...).”

¹¹ Salario recibido en el año 2016, según certificación obrante en el expediente administrativo cd a folio 53.

¹² Resultado de \$2'866.699/30 días

¹³ Días comprendidos entre el 11 de marzo de 2016 hasta el 13 de junio de 2016, de 30 días del mes.

¹⁴ Resultado de:95.556*93

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996 “(...) [L]a sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. (...)”.

¹⁶ Mediante la cual la Corte declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3.º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: “Así, el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...) En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella” (Resaltado no es del texto original).

¹⁷ Por mencionar una de tantas, se puede consultar la sentencia del 31 de enero del 2008 de la Sección Segunda, Subsección A, radicado interno 7749-05, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995¹⁸ [...]

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.¹⁹

Es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.²⁰

Los intereses A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del C.P.A.C.A., a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Costas El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que *“Salvo en los procesos 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”*. El numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso²¹, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado²² ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá

¹⁸ Sentencia del 5 de agosto de 2010 de la Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 1521-2010, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “A” Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 Número Interno: 1520-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación SU-012 de 2018.

²¹ Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

²² Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.²³

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, dado que no se evidencia temeridad o mala fe, aunado a la falta de pruebas sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA EXISTENCIA del acto ficto o presunto configurado el 06 de septiembre de 2018, con ocasión a la petición presentada el día 06 de junio de 2018, al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD del acto ficto demandado, conforme con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, a pagar**, en favor de la señora **CLARA VICTORIA BALCAZAR GARZÓN** en el periodo comprendido entre el 11 de marzo de 2016 hasta el 13 de junio de 2016, **con 93 días de mora**, que equivalen a la suma de **\$ 8'886.766 pesos**, en los términos de la parte motiva de este fallo.

CUARTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El acto será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

SEXTO. SIN COSTAS en esta instancia.

SÉPTIMO. Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada el contenido de este fallo. Así mismo, expídase copia de este fallo a las partes de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P. si así lo solicitan y archívese el proceso previo registro por el sistema siglo XXI.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

²³ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley" Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172019-00148
Demandante: Clara Victoria Balcazar Garzón
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación: **f8035ea0313a7e9e0cd170d93dc62e718f4dcff0559a4a23b301833675b4390a**
Documento generado en 14/09/2020 08:58:41 a.m.



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

En Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00147
Demandante: MARTHA LILIANA MADRIGAL COGOLLO
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
Tema: Sanción moratoria

Sentencia No.17

Procede el Despacho a proferir Sentencia Anticipada de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, artículo 13, numeral 1° teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

Pretensiones de la demanda

1. Que se declare la existencia y la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 17 de julio de 2018 con ocasión a la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria radicada el 17 de abril de 2018 ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional – Fomag a pagar a la demandante la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías parciales, contados desde los setenta (70) días hábiles de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada hasta cuando se hizo efectivo el pago.
3. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de la sanción moratoria tomando como base la variación del I.P.C., desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.
4. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria.
5. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A.
6. Que la demandada de cumplimiento a la sentencia que se dicte en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

Normas Violadas y Concepto de Violación: El demandante refirió el desconocimiento de las leyes 91 de 1989 en sus artículos 5 y 15, 244 de 1995 artículos 1 y 2 y 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

Estimó que la entidad ha estado vulnerando el derecho al pago oportuno de cesantías por cuanto las cancela por fuera de los términos de ley, generando una sanción a favor del demandante equivalente a 1 día de salario por cada día de retardo, tal y como lo dispone la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

Contestación de la demanda - Debidamente notificada la entidad demandada señaló que la sanción dispuesta en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 no puede aplicarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por tener los docentes un régimen especial.

jadmin17bta@notificacionesrj.gov.co

Cra. 57 N. 43-91, Piso 4

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral**Proceso No.** 1100133350172019-00147**Demandante:** Martha Liliana Madrigal Cogollo**Demandado:** Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag

Manifiesta que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, no expidió el acto administrativo que reconoció la prestación social, ya que fue expedido por la Secretaría de Educación respectiva en uso de las facultades que le confirió el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el decreto 2831 de 2005. Referente a la sanción por mora por el no pago oportuno de las cesantías, señala que por ser una sanción legal no se extiende a los docentes en razón a que Ley docente no la incorpora, en consecuencia, arguye que no puede aplicarse la sanción moratoria de la ley 1071 de 2006 ya que ésta no puede aplicarse por analogía (fls.54-62).

Alegatos de Conclusión

La demandante: se encuentra demostrado la fecha de pago de las cesantías y, con ello la procedencia de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, la Sentencia de Unificación, emitida por el H. Consejo de Estado de 18 de julio de 2018, dentro del expediente No. 73001-23-33-000-2014-00580 y, la sentencia SU -336 de 2017

La Demandada: Solicita la improcedencia de indexación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, argumentando es una penalidad de carácter económico y la no condena en cosas conforme al artículo 365 del Código General del Proceso y los pronunciamientos del Consejo de Estado

Problema jurídico: Corresponde en este asunto determinar si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el valor de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías reconocidas por la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante Resolución No.4798 de 04 de septiembre de 2015, en los términos del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 o si no le asiste tal derecho porque su régimen especial no lo contempla, como lo plantea la demandada.

Solución al problema jurídico: acogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, consideramos que el cargo docente se asimila a los cargos de los empleados públicos, razón por la que tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantías como beneficiaria del régimen general de los empleados públicos en los aspectos no regulados por la Ley 91 de 1989 (sentencias C-741 de 2012, C-486 de 2016, SU-336 de 2017 de la H. Corte Constitucional y SU-012 de 2018 del Consejo de Estado).

Hechos probados

- 1.- Solicitud de reconocimiento y pago de su cesantía definitiva ante la secretaria de educación de Bogotá 15 de abril de 2015(fl.15).
- 2.- Mediante la Resolución No.4798 de 04 de septiembre de 2015, la entidad reconoce y ordena el pago de su cesantía parcial (fl.15-16).
- 3.- Según certificado del pago de las cesantías parciales quedó a disposición de la demandante el 30 de diciembre de 2015(fl.56)
- 4.- El 17 de abril de 2018, la demandante presenta solicitud de reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 1071 de 2006 (fls.13-14)
- 5.- El salario percibido por el demandante en el año 2015 fue de \$2.363.041 (Fl. Expediente administrativo que se encuentra en CD (fl.54)

Análisis jurídico del caso. La Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y

que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados. Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y, los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional. En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, conservarían el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial y, a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.¹

Estando a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías y siendo aplicables a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990 las disposiciones jurídicas de carácter prestacional que se expidieran a futuro para los empleados públicos del orden nacional es procedente la aplicación de la sanción moratoria desarrollada por la Ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006 porque esta norma fue expedida a favor de todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, incluyendo las entidades que prestan servicios públicos y de educación del orden nacional y territorial en desarrollo del inciso final del artículo 53 de la C.P. en razón a que los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados de manera oportuna.²

El H. Consejo de Estado Subsección A³y, B⁴ y, la Corte Constitucional **SU336/17** han señalado la aplicabilidad de la sanción moratoria a favor de los docentes en razón a la Ley 1071 de 2006 que modificó la Ley 244 de 1995, dado que esta disposición normativa aplica a todos los empleados y trabajadores del estado como quedó contemplado en la exposición de motivos al advertir que “... la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo aparato del estado, no sólo a nivel nacional sino territorial”

La Corte Constitucional para llegar a la conclusión señalada asimiló a los docentes como empleados públicos por “existir importantes semejanzas, incluso identidades entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que, según explicó, son propias del trabajo de los docentes oficiales, entre ellas, cumplir tareas propias y típicas de entidades administrativas y la circunstancia de ser empleados de carrera, que se vinculan previo concurso, a través de un acto administrativo de nombramiento. Y, recordó que a partir de la ley 91 de 1989 en lo que tiene que ver con el pago de cesantías el FOMAG se rige por la normatividad aplicable a los empleados del sector público nacional⁵, en virtud del principio de favorabilidad en

¹ El numeral 1° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, señala: “*Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. 2. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley*”.

² Sobre la calidad de los docentes como de servidores públicos, indica la Ley 60 de 1993: “*El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992.*

Así mismo, la Ley 115 de 1994 señala que los docentes son: “*Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial...*”.

³ sentencia del 21 de octubre de 2011 Radicación interna 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09) ponencia Gustavo Gómez Aranguren Actor Eduardo Montoya Villafañe, sentencia del 10 de julio de 2014 radicación No. 17001-23-33-000201-00080-01(2099-13) Ponencia de Luis Rafael Vergara Quintero. Actor Martha Lucia Hernández Clavijo y, sentencia del 17 de noviembre de 2016 radicación 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014) Ponencia de William Hernández Gómez. Actor Fabio Ernesto Rodríguez Díaz.

⁴ Sentencia del 22 de enero de 2015 con radicación 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14) Ponencia Sandra Lisseth Ibarra Vélez. Actor Yaneth Lucia Gutiérrez Gutiérrez y sentencia del 14 de diciembre de 2015 con radiación 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14). Actor Diva Liliana Diago de Castillo.

⁵ Sentencia C-486 de 2016.

materia laboral, se debe dar aplicación al criterio de la condición que resulte más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.⁶⁷

El Consejo de Estado, mediante Sentencia de Unificación SU-012 de 2018, reiteró que los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

Marco normativo de la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías La sanción moratoria es una sanción a favor del trabajador con el propósito de resarcir los daños que se causaron a éste con ocasión del incumplimiento en el pago de sus cesantías. Su objeto es proteger el derecho de los servidores a percibir la liquidación de sus cesantías.⁸

⁶ De conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Constitución la legislación en materia laboral debe garantizar ciertos principios mínimos a favor del trabajador, como lo son "la igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad". El principio de favorabilidad ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como aquel que se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. Según ha sostenido la Corte, en estos eventos "los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social" (sentencia T-832A de 2013). En otras palabras, si bien los jueces, incluyendo las Altas Cortes, tienen un amplio margen de interpretación en las normas laborales, "no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquél que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. En consecuencia, una conducta contraria configura un defecto que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, por desconocimiento directo del artículo 53 Constitucional" (sentencia T-350 de 2012).

⁷ Señala la Corte: "... La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido. (ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989. (iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales. (v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales. (vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución. (vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012) "

⁸ La sanción moratoria de manera particular, se encuentra desarrollada por la ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006, publicada el 31 de julio de 2006, así: **"ARTÍCULO 1o. OBJETO.** La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación. **ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN.** Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará 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 trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro. **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

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172019-00147
Demandante: Martha Liliana Madrigal Cogollo
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag

Según la norma y conforme con la sentencia del 17 de noviembre de 2016, radicado interno 1520-2014, reiterando la sentencia del 27 de marzo de 2007, radicado interno 2777-04, la Administración debe liquidar a los funcionarios o exfuncionarios las cesantías parciales o definitivas dentro de los 15 días siguientes a la solicitud y, una vez agotado el procedimiento administrativo, tiene 45 días hábiles para pagarla; si en éste término no se cumple, a partir del día siguiente, deberá cancelar al servidor o exservidor un día de salario por cada día de retardo, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en dicha disposición normativa.

De esta forma, las entidades empleadoras, dentro de los **quince (15) días** hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas o parciales, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° de la misma ley, tienen un plazo máximo de **cuarenta y cinco (45) días** hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo para cancelar la prestación.

Contabilización de los términos en el caso estudiado. Revisados los documentos, se observa que la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías se presentó ante la Secretaría de Educación de Bogotá el **día 15 de abril de 2015**; en consecuencia, para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se causa la mora a partir del **30 de julio de 2015**, partiendo del hecho que el **07 de mayo de 2015** se cumplieron los 15 días para que la entidad proferiera el acto administrativo que liquidara y reconociera el pago de las cesantías parciales; 10 días más de ejecutoria que finalizan el **22 de mayo de 2015** de conformidad con el C.P.A.C.A., debiendo quedar en firme el acto en esta fecha; seguidamente, se deben contabilizar 45 días para cancelar la prestación los cuales **se cumplieron el 30 de julio de 2015**; por tanto, el día siguiente, es decir, desde el **31 de julio de 2015** hasta el **29 de diciembre de 2015** fecha anterior en que se efectuó el pago según certificado visible a folio 56, es el rango de tiempo dentro del cual se debe contabilizar la sanción moratoria que debe pagar el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como quiera que la demandante se encuentra dentro del supuesto consagrado en el parágrafo del artículo 5° de la ley 1071 de 2006, tiene derecho al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías hasta que se hizo efectivo su pago.

Prescripción. - Conforme con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁹, se ha de indicar que, de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que la mora, objeto de las pretensiones, se generó a partir del **31 de julio de 2015** y la reclamación se realizó el **17 de abril de 2018** (fl.13), ante la Secretaría de Educación de Bogotá - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Como quiera que la demandante tenía hasta el **31 de julio de 2018** para reclamar la sanción moratoria, en el presente caso no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción.

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

⁹ En lo concerniente a la prescripción en sentencia del quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018), con Ponencia del H. Consejero William Hernández Gómez, la Subsección A –Sección Segunda del Consejo de Estado⁹, estableció lo siguiente “Prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 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 accesorios 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 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 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, 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, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990”.

Salario que se debe tener en cuenta para la liquidar la sanción la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 del Honorable Consejo de Estado indicó que para las cesantías será la asignación básica que devengue el servidor público al momento de causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo y para la liquidación en los términos del artículo 134 del CST se toma en cuenta que el mes tiene 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses equivale a 360 días al año¹⁰, así:

Salario mensual	Salario diario	Fecha de inicio de la mora	Día anterior al Pago	Días en mora	Total, sanción por mora
\$2'363.041 ¹¹	78.768 ¹²	31-07-2015	29-12-2015	149 ¹³	\$11'736.432 ¹⁴

Conforme la liquidación realizada anteriormente, se tiene que el valor que debe pagar la entidad demandada por sanción mora por pago tardío de las cesantías definitivas de la accionante, es de **\$11'736.432 pesos**

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero Ahora bien, en torno a la solicitud de indexación, este Despacho acoge el criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, en la cual examinó la exequibilidad del parágrafo transitorio del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, al no resultar razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella¹⁵. Por tal razón este Despacho no accederá a la pretensión de indexación solicitada, siendo ésta la línea adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado:

“[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996¹⁶, la jurisprudencia del Consejo de Estado ¹⁷ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que “la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades

¹⁰ La Sentencia T-248 de 2008 menciona la sentencia del 10 de noviembre de 1982, dictada dentro del expediente No. 3524, en donde actuó como ponente el doctor Álvaro Orejuela Gómez, la cual fue reiterada en fallos del 12 de septiembre de 1996, expediente No. 9171, Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro y del 20 de noviembre de 1998, expediente No. 13310, la Sección Segunda sostuvo: “(...)Para nadie es desconocido que al servidor público, se le señala una remuneración mensual única, tomando el mes como de treinta días, independiente de que éste tenga 28 o 31. En el mismo sentido, en el campo privado, el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo contempla de manera enfática que “El salario en dinero debe pagarse por períodos iguales y vencidos, en moneda legal.” Así, si para el salario mensual se toma en cuenta el mes de 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses que componen un año equivale a 360 días al año, es lógico, indiscutible y correcto, que la misma regla deba aplicarse para las cotizaciones obligatorias de los distintos regímenes (...).”

¹¹ Salario recibido en el año 2015, según certificación obrante en el expediente administrativo cd folio 54.

¹² Resultado de \$2'363.041/30 días

¹³ Días comprendidos entre el 31 de julio de 2015 hasta el 29 de diciembre de 2015, de 30 días del mes.

¹⁴ Resultado de: 78.768*149

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996 “(...) [L]a sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía, sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. (...)”.

¹⁶ Mediante la cual la Corte declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3.º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: “Así, el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...) En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella” (Resaltado no es del texto original).

¹⁷ Por mencionar una de tantas, se puede consultar la sentencia del 31 de enero del 2008 de la Sección Segunda, Subsección A, radicado interno 7749-05, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral

Proceso No. 1100133350172019-00147

Demandante: Martha Liliana Madrigal Cogollo

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag

territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995¹⁸ [...]

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.¹⁹

Es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.²⁰

Los intereses A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del C.P.A.C.A., a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Costas El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que *“Salvo en los procesos 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”*. El numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso²¹, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado²² ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá

¹⁸ Sentencia del 5 de agosto de 2010 de la Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 1521- 2010, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “A” Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 Número Interno: 1520-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación SU-012 de 2018.

²¹ Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

²² Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172019-00147
Demandante: Martha Liliana Madrigal Cogollo
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag

lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.²³

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, dado que no se evidencia temeridad o mala fe, aunado a la falta de pruebas sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA EXISTENCIA del acto ficto o presunto configurado el 17 de julio de 2018, con ocasión a la petición presentada el día 17 de abril de 2018, al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD del acto ficto demandado, conforme con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, **a pagar**, en favor de la señora MARTHA LILIANA MADRIGAL COGOLLO en el periodo comprendido entre el 31 de julio de 2015 hasta el 29 de diciembre de 2015, **con 149 días de mora**, que equivalen a la suma de **\$11'736.432 pesos**, en los términos de la parte motiva de este fallo.

CUARTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El *acto* será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

SEXTO. SIN COSTAS en esta instancia.

SÉPTIMO. Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada el contenido de este fallo. Expídase copia de este fallo a las partes de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P. si así lo solicitan y archívese el proceso previo registro por el sistema siglo XXI.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

²³ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley" Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172019-00147
Demandante: Martha Liliana Madrigal Cogollo
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación:

52b7b723bc3f95888c17963df288705e6f36efb3436e5edf2946bf200f7ba307

Documento generado en 14/09/2020 08:57:54 a.m.



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

En Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2019-00142

Demandante: EMILSE PINZÓN SEPULVEDA

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG

Tema: Sanción moratoria

Sentencia No. 19

Procede el Despacho a proferir Sentencia Anticipada de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, artículo 13, numeral 1° teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

Pretensiones de la demanda

1. Que se declare la existencia y la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 06 de septiembre de 2018 con ocasión a la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria radicada el 06 de junio de 2018 ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional – Fomag a pagar a la demandante la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías parciales, contados desde los setenta (70) días hábiles de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada hasta cuando se hizo efectivo el pago.
3. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de la sanción moratoria tomando como base la variación del I.P.C., desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.
4. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria.
5. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A.
6. Que la demandada de cumplimiento a la sentencia que se dicte en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

Normas Violadas y Concepto de Violación: El demandante refirió el desconocimiento de las leyes 91 de 1989 en sus artículos 5 y 15, 244 de 1995 artículos 1 y 2 y 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

Estimó que la entidad ha estado vulnerando el derecho al pago oportuno de cesantías por cuanto las cancela por fuera de los términos de ley, generando una sanción a favor del demandante equivalente a 1 día de salario por cada día de retardo, tal y como lo dispone la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

Contestación de la demanda - Debidamente notificada la entidad demandada señaló que la sanción dispuesta en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 no puede aplicarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por tener los docentes un régimen especial.

Manifiesta que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, no expidió el acto administrativo que reconoció la prestación social, ya que fue expedido por la Secretaría de Educación respectiva en uso de las facultades que le confirió el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el decreto 2831 de 2005. Referente a la sanción por mora por el no pago oportuno de las cesantías, señala que por ser una sanción legal no se extiende a los docentes en razón a que Ley docente no la incorpora, en consecuencia, arguye que no puede aplicarse la sanción moratoria de la ley 1071 de 2006 ya que ésta no puede aplicarse por analogía (fls.54-62).

Alegatos de Conclusión Demandada: solicita la improcedencia de indexación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, argumentando que es una penalidad de carácter económico También solicita no se condene en costas conforme al artículo 365 del Código General del Proceso y los pronunciamientos del Consejo de Estado

Problema jurídico: Corresponde en este asunto determinar si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el valor de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías reconocidas por la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante Resolución No.4851 de 04 de julio de 2017, en los términos del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 o si no le asiste tal derecho porque su régimen especial no lo contempla, como lo plantea la demandada.

Solución al problema jurídico: acogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, consideramos que el cargo docente se asimila a los cargos de los empleados públicos, razón por la que tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantías como beneficiaria del régimen general de los empleados públicos en los aspectos no regulados por la Ley 91 de 1989 (sentencias C-741 de 2012, C-486 de 2016, SU-336 de 2017 de la H. Corte Constitucional y SU-012 de 2018 del Consejo de Estado).

Hechos probados

- 1.- Solicitud de reconocimiento y pago de su cesantía definitiva ante la secretaria de educación de Bogotá 12 de agosto de 2016 (fl.15).
- 2.- Mediante la Resolución No.4851 de 04 de julio de 2017, la entidad reconoce y ordena el pago de su cesantía definitiva (fl.15-16).
- 3.- Según certificado del pago de las cesantías definitivas quedó a disposición del demandante el 26 de diciembre de 2017(fl.18)
- 4.- El 06 de junio de 2018, el demandante presenta solicitud de reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 1071 de 2006 (fls.12-13)
- 5.- El salario percibido por el demandante en el año 2010 fue de \$1'224.009 (Fl. Expediente administrativo que se encuentra en CD (fl.50)

Análisis jurídico del caso. La Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados. Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y, los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden

nacional. En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, conservarían el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial y, a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.¹

Estando a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías y siendo aplicables a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990 las disposiciones jurídicas de carácter prestacional que se expidieran a futuro para los empleados públicos del orden nacional es procedente la aplicación de la sanción moratoria desarrollada por la Ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006 porque esta norma fue expedida a favor de todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, incluyendo las entidades que prestan servicios públicos y de educación del orden nacional y territorial en desarrollo del inciso final del artículo 53 de la C.P. en razón a que los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados de manera oportuna.²

El H. Consejo de Estado Subsección A³y, B⁴ y, la Corte Constitucional **SU336/17** han señalado la aplicabilidad de la sanción moratoria a favor de los docentes en razón a la Ley 1071 de 2006 que modificó la Ley 244 de 1995, dado que esta disposición normativa aplica a todos los empleados y trabajadores del estado como quedó contemplado en la exposición de motivos al advertir que “... la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo aparato del estado, no sólo a nivel nacional sino territorial”

La Corte Constitucional para llegar a la conclusión señalada asimiló a los docentes como empleados públicos por “existir importantes semejanzas, incluso identidades entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que, según explicó, son propias del trabajo de los docentes oficiales, entre ellas, cumplir tareas propias y típicas de entidades administrativas y la circunstancia de ser empleados de carrera, que se vinculan previo concurso, a través de un acto administrativo de nombramiento. Y, recordó que a partir de la ley 91 de 1989 en lo que tiene que ver con el pago de cesantías el FOMAG se rige por la normatividad aplicable a los empleados del sector público nacional ⁵, en virtud del principio de favorabilidad en

¹ El numeral 1° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, señala: “ *Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. 2. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley*”.

² Sobre la calidad de los docentes como de servidores públicos, indica la Ley 60 de 1993: “*El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992.*

Así mismo, la Ley 115 de 1994 señala que los docentes son: “*Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial...*”.

³ sentencia del 21 de octubre de 2011 Radicación interna 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09) ponencia Gustavo Gómez Aranguren Actor Eduardo Montoya Villafañe, sentencia del 10 de julio de 2014 radicación No. 17001-23-33-000201-00080-01(2099-13) Ponencia de Luis Rafael Vergara Quintero. Actor Martha Lucia Hernández Clavijo y, sentencia del 17 de noviembre de 2016 radicación 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014) Ponencia de William Hernández Gómez. Actor Fabio Ernesto Rodríguez Díaz.

⁴ Sentencia del 22 de enero de 2015 con radicación 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14) Ponencia Sandra Lisseth Ibarra Vélez. Actor Yaneth Lucia Gutiérrez Gutiérrez y sentencia del 14 de diciembre de 2015 con radiación 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14). Actor Diva Liliana Diago de Castillo.

⁵ Sentencia C-486 de 2016.

materia laboral, se debe dar aplicación al criterio de la condición que resulte más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.⁶⁷

El Consejo de Estado, mediante Sentencia de Unificación SU-012 de 2018, reiteró que los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

Marco normativo de la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías La sanción moratoria es una sanción a favor del trabajador con el propósito de resarcir los daños que se causaron a éste con ocasión del incumplimiento en el pago de sus cesantías. Su objeto es proteger el derecho de los servidores a percibir la liquidación de sus cesantías.⁸

⁶ De conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Constitución la legislación en materia laboral debe garantizar ciertos principios mínimos a favor del trabajador, como lo son “la igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”. El principio de favorabilidad ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como aquel que se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. Según ha sostenido la Corte, en estos eventos “los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social” (sentencia T-832A de 2013). En otras palabras, si bien los jueces, incluyendo las Altas Cortes, tienen un amplio margen de interpretación en las normas laborales, “no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquél que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. En consecuencia, una conducta contraria configura un defecto que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, por desconocimiento directo del artículo 53 Constitucional” (sentencia T-350 de 2012).

⁷ Señala la Corte: “... La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido. (ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989. (iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales. (v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales. (vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución. (vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012)”

⁸ La sanción moratoria de manera particular, se encuentra desarrollada por la ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006, publicada el 31 de julio de 2006, así: **“ARTÍCULO 1o. OBJETO.** La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación. **ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN.** Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará 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 trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro. **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

Según la norma y conforme con la sentencia del 17 de noviembre de 2016, radicado interno 1520-2014, reiterando la sentencia del 27 de marzo de 2007, radicado interno 2777-04, la Administración debe liquidar a los funcionarios o exfuncionarios las cesantías parciales o definitivas dentro de los 15 días siguientes a la solicitud y, una vez agotado el procedimiento administrativo, tiene 45 días hábiles para pagarla; si en éste término no se cumple, a partir del día siguiente, deberá cancelar al servidor o exservidor un día de salario por cada día de retardo, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en dicha disposición normativa.

De esta forma, las entidades empleadoras, dentro de los **quince (15) días** hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas o parciales, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° de la misma ley, tienen un plazo máximo de **cuarenta y cinco (45) días** hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo para cancelar la prestación.

Contabilización de los términos en el caso estudiado. Revisados los documentos, se observa que la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías se presentó ante la Secretaría de Educación de Bogotá el **día 12 de agosto de 2016**; en consecuencia, para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se causa la mora a partir del **25 de noviembre de 2016**, partiendo del hecho que el **05 de septiembre de 2016** se cumplieron los 15 días para que la entidad proferiera el acto administrativo que liquidara y reconociera el pago de las cesantías parciales; 10 días más de ejecutoria que finalizan el **19 de septiembre de 2016** de conformidad con el C.P.A.C.A., debiendo quedar en firme el acto en esta fecha; seguidamente, se deben contabilizar 45 días para cancelar la prestación los cuales **se cumplieron el 24 de noviembre de 2016**; por tanto, el día siguiente, es decir, desde el **25 de noviembre de 2016** hasta el **25 de diciembre de 2017** fecha anterior en que se efectuó el pago según certificado visible a folio 18, es el rango de tiempo dentro del cual se debe contabilizar la sanción moratoria que debe pagar el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como quiera que la demandante se encuentra dentro del supuesto consagrado en el parágrafo del artículo 5° de la ley 1071 de 2006, tiene derecho al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías hasta que se hizo efectivo su pago.

Prescripción. - Conforme con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁹, se ha de indicar que, de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que la mora, objeto de las pretensiones, se generó a partir del **25 de noviembre de 2016** y la reclamación se realizó el **06 de junio de 2018** (fl.12), ante la Secretaría de Educación de Bogotá - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Como quiera que la demandante tenía hasta el **25 de noviembre de 2019** para reclamar la sanción moratoria, en el presente caso no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción.

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

⁹ En lo concerniente a la prescripción en sentencia del quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018), con Ponencia del H. Consejero William Hernández Gómez, la Subsección A –Sección Segunda del Consejo de Estado⁹, estableció lo siguiente “Prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 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 accesorios 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 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 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, 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, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990”.

Salario que se debe tener en cuenta para la liquidar la sanción la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 del Honorable Consejo de Estado indicó que para las cesantías será la asignación básica que devengue el servidor público al momento de causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo y para la liquidación en los términos del artículo 134 del CST se toma en cuenta que el mes tiene 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses equivale a 360 días al año¹⁰, así:

Salario mensual	Salario diario	Fecha de inicio de la mora	Día anterior al Pago	Días en mora	Total, sanción por mora
\$1'224.009 ¹¹	40.800 ¹²	25-11-2016	25-12-2017	390 ¹³	\$15'912.117 ¹⁴

Conforme la liquidación realizada anteriormente, se tiene que el valor que debe pagar la entidad demandada por sanción mora por pago tardío de las cesantías definitivas de la accionante, es de **\$15'912.117 pesos**

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero Ahora bien, en torno a la solicitud de indexación, este Despacho acoge el criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, en la cual examinó la exequibilidad del parágrafo transitorio del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, al no resultar razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella¹⁵. Por tal razón este Despacho no accederá a la pretensión de indexación solicitada, siendo ésta la línea adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado:

“[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996¹⁶, la jurisprudencia del Consejo de Estado ¹⁷ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que “la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995¹⁸ [...]”

¹⁰ La Sentencia T-248 de 2008 menciona la sentencia del 10 de noviembre de 1982, dictada dentro del expediente No. 3524, en donde actuó como ponente el doctor Álvaro Orejuela Gómez, la cual fue reiterada en fallos del 12 de septiembre de 1996, expediente No. 9171, Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro y del 20 de noviembre de 1998, expediente No. 13310, la Sección Segunda sostuvo; “(...)Para nadie es desconocido que al servidor público, se le señala una remuneración mensual única, tomando el mes como de treinta días, independientemente de que éste tenga 28 o 31. En el mismo sentido, en el campo privado, el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo contempla de manera enfática que “El salario en dinero debe pagarse por períodos iguales y vencidos, en moneda legal.” Así, si para el salario mensual se toma en cuenta el mes de 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses que componen un año equivale a 360 días al año, es lógico, indiscutible y correcto, que la misma regla deba aplicarse para las cotizaciones obligatorias de los distintos regímenes (...)”.

¹¹ Salario recibido en el año 2010, según certificación obrante en el expediente administrativo cd folio 50.

¹² Resultado de \$1'224.009/30 días

¹³ Días comprendidos entre el 25 de noviembre de 2016 hasta el 25 de diciembre de 2017, de 30 días del mes.

¹⁴ Resultado de: 40.800*390

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996 “(...) [L]a sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía, sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. (...)”.

¹⁶ Mediante la cual la Corte declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3.º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: “Así, el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...) En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella” (Resaltado no es del texto original).

¹⁷ Por mencionar una de tantas, se puede consultar la sentencia del 31 de enero del 2008 de la Sección Segunda, Subsección A, radicado interno 7749-05, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁸ Sentencia del 5 de agosto de 2010 de la Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 1521- 2010, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.¹⁹

Es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.²⁰

Los intereses A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del C.P.A.C.A., a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5° del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Costas El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que *“Salvo en los procesos 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”*. El numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso²¹, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado²² ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.²³

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “A” Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 Número Interno: 1520-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación SU-012 de 2018.

²¹ Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

²² Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

²³ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172019-00142
Demandante: Emilse Pinzón Sepúlveda
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, dado que no se evidencia temeridad o mala fe, aunado a la falta de pruebas sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA EXISTENCIA del acto ficto o presunto configurado el 06 de septiembre de 2018, con ocasión a la petición presentada el día 06 de junio de 2018, al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD del acto ficto demandado, conforme con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, **a pagar**, en favor de la señora EMILSE PINZÓN SEPULVEDA en el periodo comprendido entre el 25 de noviembre de 2016 hasta el 25 de diciembre de 2017, **con 390** días de mora, que equivalen a la suma de **\$ 15'912.117 pesos**, en los términos de la parte motiva de este fallo.

CUARTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El acto será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

SEXTO. SIN COSTAS en esta instancia.

SÉPTIMO. Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada el contenido de este fallo. Expídase copia de este fallo a las partes de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P. si así lo solicitan y archívese el proceso previo registro por el sistema siglo XXI.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172019-00142
Demandante: Emilse Pinzón Sepúlveda
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación:

5f2cfd8ad9df6f6ea83d5f541fad2e2c98130f4374ce7b5b28d478383aa635b5

Documento generado en 14/09/2020 08:55:28 a.m.



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

En Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00139
Demandante: MARÍA ROSALBA DE LA ROSA RAMÍREZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
Tema: Sanción moratoria

Sentencia No. 22

Procede el Despacho a proferir Sentencia Anticipada de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, artículo 13, numeral 1°, teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

Pretensiones de la demanda

1. Que se declare la existencia y la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 07 de septiembre de 2018 con ocasión a la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria radicada el 07 de junio de 2018 ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional – Fomag a pagar a la demandante la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías parciales, contados desde los setenta (70) días hábiles de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada hasta cuando se hizo efectivo el pago.
3. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de la sanción moratoria tomando como base la variación del I.P.C., desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.
4. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria.
5. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A.
6. Que la demandada de cumplimiento a la sentencia que se dicte en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

Normas Violadas y Concepto de Violación: El demandante refirió el desconocimiento de las leyes 91 de 1989 en sus artículos 5 y 15, 244 de 1995 artículos 1 y 2 y 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

Estimó que la entidad ha estado vulnerando el derecho al pago oportuno de cesantías por cuanto las cancela por fuera de los términos de ley, generando una sanción a favor del demandante equivalente a 1 día de salario por cada día de retardo, tal y como lo dispone la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

Contestación de la demanda - Debidamente notificada la entidad demandada señaló que la sanción dispuesta en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 no puede aplicarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por tener los docentes un régimen especial.

Manifiesta que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, no expidió el acto administrativo que reconoció la prestación social, ya que fue expedido por la Secretaría de Educación respectiva en uso de las facultades que le confirió el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el decreto 2831 de 2005. Referente a la sanción por mora por el no pago oportuno de las cesantías, señala que por ser una sanción legal no se extiende a los docentes en razón a que Ley docente no la incorpora, en consecuencia, arguye que no puede aplicarse la sanción moratoria de la ley 1071 de 2006 ya que ésta no puede aplicarse por analogía (fls.56-64).

Alegatos de Conclusión

El demandante: reitera los hechos y pretensiones contenidos en la demanda en términos de la Ley 1071 de 2006 resaltando la fecha de pago de las cesantías certificado por la fiduprevisora Señala que se debe dar aplicación a la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, dentro del expediente No. 73001-23-33-000-2014-00580 y la sentencia de la Corte Constitucional SU -336 de 2017.

La demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

Problema jurídico: Corresponde en este asunto determinar si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el valor de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías reconocidas por la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante Resolución No. 7077 de 26 de septiembre de 2017, en los términos del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 o si no le asiste tal derecho porque su régimen especial no lo contempla, como lo plantea la demandada.

Solución al problema jurídico: acogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, consideramos que el cargo docente se asimila a los cargos de los empleados públicos, razón por la que tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantías como beneficiaria del régimen general de los empleados públicos en los aspectos no regulados por la Ley 91 de 1989 (sentencias C-741 de 2012, C-486 de 2016, SU-336 de 2017 de la H. Corte Constitucional y SU-012 de 2018 del Consejo de Estado).

Hechos probados

- 1.- Solicitud de reconocimiento y pago de su cesantía parcial ante la secretaria de educación de Bogotá 19 de mayo de 2017 (fl.15).
- 2.- Mediante la Resolución No.7077 de 26 de septiembre de 2017, la entidad reconoce y ordena el pago de su cesantía parcial (fl.15-17).
- 3.- Según certificado del pago de las cesantías parciales quedó a disposición del demandante el 20 de noviembre de 2017 (fl.19)
- 4.- El 07 de junio de 2018, la demandante presenta solicitud de reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 1071 de 2006 (fls. 12-13)
- 5.- El salario percibido por el demandante en el año 2017 fue de \$ 2'255.989 (Fl. Expediente administrativo que se encuentra en CD (fl.55)

Análisis jurídico del caso. La Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados. Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y, los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional. En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, conservarían el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial y, a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.¹

Estando a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías y siendo aplicables a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990 las disposiciones jurídicas de carácter prestacional que se expidieran a futuro para los empleados públicos del orden nacional es procedente la aplicación de la sanción moratoria desarrollada por la Ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006 porque esta norma fue expedida a favor de todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, incluyendo las entidades que prestan servicios públicos y de educación del orden nacional y territorial en desarrollo del inciso final del artículo 53 de la C.P. en razón a que los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados de manera oportuna.²

El H. Consejo de Estado Subsección A³y, B⁴ y, la Corte Constitucional **SU336/17** han señalado la aplicabilidad de la sanción moratoria a favor de los docentes en razón a la Ley 1071 de 2006 que modificó la Ley 244 de 1995, dado que esta disposición normativa aplica a todos los empleados y trabajadores del estado como quedó contemplado en la exposición de motivos al advertir que "... la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo aparato del estado, no sólo a nivel nacional sino territorial"

La Corte Constitucional para llegar a la conclusión señalada asimiló a los docentes como empleados públicos por "existir importantes semejanzas, incluso identidades entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que, según explicó, son propias del trabajo de los docentes oficiales, entre ellas, cumplir tareas propias y típicas de entidades administrativas y la circunstancia de ser empleados de carrera, que se vinculan previo concurso, a través de un acto administrativo de nombramiento. Y, recordó que a partir de la ley 91 de 1989 en lo que tiene que ver con el pago de cesantías el FOMAG se rige por la normatividad aplicable a los empleados del sector

¹ El numeral 1° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, señala: " *Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. 2. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley*".

² Sobre la calidad de los docentes como de servidores públicos, indica la Ley 60 de 1993: " *El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992*.

Así mismo, la Ley 115 de 1994 señala que los docentes son: " *Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial...*".

³ sentencia del 21 de octubre de 2011 Radicación interna 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09) ponencia Gustavo Gómez Aranguren Actor Eduardo Montoya Villafañe, sentencia del 10 de julio de 2014 radicación No. 17001-23-33-000201-00080-01(2099-13) Ponencia de Luis Rafael Vergara Quintero. Actor Martha Lucia Hernández Clavijo y, sentencia del 17 de noviembre de 2016 radicación 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014) Ponencia de William Hernández Gómez. Actor Fabio Ernesto Rodríguez Díaz.

⁴ Sentencia del 22 de enero de 2015 con radicación 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14) Ponencia Sandra Lisseth Ibarra Vélez. Actor Yaneth Lucia Gutiérrez Gutiérrez y sentencia del 14 de diciembre de 2015 con radiación 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14). Actor Diva Liliana Diago de Castillo.

público nacional ⁵, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, se debe dar aplicación al criterio de la condición que resulte más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.⁶⁷ El Consejo de Estado, mediante Sentencia de Unificación SU-012 de 2018, reiteró que los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

Marco normativo de la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías La sanción moratoria es una sanción a favor del trabajador con el propósito de resarcir los daños que se causaron a éste con ocasión del incumplimiento en el pago de sus cesantías. Su objeto es proteger el derecho de los servidores a percibir la liquidación de sus cesantías.⁸

⁵ Sentencia C-486 de 2016.

⁶ De conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Constitución la legislación en materia laboral debe garantizar ciertos principios mínimos a favor del trabajador, como lo son “la igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”. El principio de favorabilidad ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como aquel que se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. Según ha sostenido la Corte, en estos eventos “los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social” (sentencia T-832A de 2013). En otras palabras, si bien los jueces, incluyendo las Altas Cortes, tienen un amplio margen de interpretación en las normas laborales, “no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquél que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. En consecuencia, una conducta contraria configura un defecto que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, por desconocimiento directo del artículo 53 Constitucional” (sentencia T-350 de 2012).

⁷ Señala la Corte: “... La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro –en el caso del pago parcial de cesantías–, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido. (ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989.⁷⁽ⁱⁱⁱ⁾ Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial. (iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales. (v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales. (vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución. (vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012).”

⁸ La sanción moratoria de manera particular, se encuentra desarrollada por la ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006, publicada el 31 de julio de 2006, así: “ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación. ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará 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 trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro. 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

Según la norma y conforme con la sentencia del 17 de noviembre de 2016, radicado interno 1520-2014, reiterando la sentencia del 27 de marzo de 2007, radicado interno 2777-04, la Administración debe liquidar a los funcionarios o exfuncionarios las cesantías parciales o definitivas dentro de los 15 días siguientes a la solicitud y, una vez agotado el procedimiento administrativo, tiene 45 días hábiles para pagarla; si en éste término no se cumple, a partir del día siguiente, deberá cancelar al servidor o exservidor un día de salario por cada día de retardo, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en dicha disposición normativa.

De esta forma, las entidades empleadoras, dentro de los **quince (15) días** hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas o parciales, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5º de la misma ley, tienen un plazo máximo de **cuarenta y cinco (45) días** hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo para cancelar la prestación.

Contabilización de los términos en el caso estudiado. Revisados los documentos, se observa que la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías se presentó ante la Secretaría de Educación Cundinamarca el **día 19 de mayo de 2017**; en consecuencia, para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se causa la mora a partir del **05 de septiembre de 2017**, partiendo del hecho que el **12 de junio de 2017** se cumplieron los 15 días para que la entidad proferiera el acto administrativo que liquidara y reconociera el pago de las cesantías parciales; 10 días más de ejecutoria que finalizan el **28 de junio de 2017** de conformidad con el C.P.A.C.A., debiendo quedar en firme el acto en esta fecha; seguidamente, se deben contabilizar 45 días para cancelar la prestación los cuales **se cumplieron el 04 de septiembre de 2017**; por tanto, el día siguiente, es decir, desde el **05 de septiembre de 2017** hasta el **19 de noviembre de 2017** fecha anterior en que se efectuó el pago según certificado visible a folio 19, es el rango de tiempo dentro del cual se debe contabilizar la sanción moratoria que debe pagar el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como quiera que la demandante se encuentra dentro del supuesto consagrado en el parágrafo del artículo 5º de la ley 1071 de 2006, tiene derecho al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías hasta que se hizo efectivo su pago.

Prescripción. - Conforme con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁹, se ha de indicar que, de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que la mora, objeto de las pretensiones, se generó a partir del **05 de septiembre de 2017** y la reclamación se realizó el **07 de junio de 2018** (fl.12), ante la Secretaría de Educación de Bogotá - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Como quiera que la demandante tenía hasta el **05 de septiembre de 2020** para reclamar la sanción moratoria, en el presente caso no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción.

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

⁹ En lo concerniente a la prescripción en sentencia del quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018), con Ponencia del H. Consejero William Hernández Gómez, la Subsección A –Sección Segunda del Consejo de Estado⁹, estableció lo siguiente “Prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 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 accesorios 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 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, si 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 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, 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, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990”.

Salario que se debe tener en cuenta para la liquidar la sanción la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 del Honorable Consejo de Estado indicó que para las cesantías será la asignación básica que devengue el servidor público al momento de causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo y para la liquidación en los términos del artículo 134 del CST se toma en cuenta que el mes tiene 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses equivale a 360 días al año¹⁰, así:

Salario mensual	Salario diario	Fecha de inicio de la mora	Día anterior al Pago	Días en mora	Total, sanción por mora
\$2'255.989 ¹¹	75.199 ¹²	05-09-2017	19-11-2017	74 ¹³	\$5'564.772 ¹⁴

Conforme la liquidación realizada anteriormente, se tiene que el valor que debe pagar la entidad demandada por sanción mora por pago tardío de las cesantías definitivas de la accionante, es de **\$5'564.772pesos**.

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero Ahora bien, en torno a la solicitud de indexación, este Despacho acoge el criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, en la cual examinó la exequibilidad del parágrafo transitorio del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, al no resultar razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella¹⁵. Por tal razón este Despacho no accederá a la pretensión de indexación solicitada, siendo ésta la línea adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado:

“[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996¹⁶, la jurisprudencia del Consejo de Estado ¹⁷ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que “la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades

¹⁰ La Sentencia T-248 de 2008 menciona la sentencia del 10 de noviembre de 1982, dictada dentro del expediente No. 3524, en donde actuó como ponente el doctor Álvaro Orejuela Gómez, la cual fue reiterada en fallos del 12 de septiembre de 1996, expediente No. 9171, Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro y del 20 de noviembre de 1998, expediente No. 13310, la Sección Segunda sostuvo: “(...)Para nadie es desconocido que al servidor público, se le señala una remuneración mensual única, tomando el mes como de treinta días, independiente de que éste tenga 28 o 31. En el mismo sentido, en el campo privado, el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo contempla de manera enfática que “El salario en dinero debe pagarse por períodos iguales y vencidos, en moneda legal.” Así, si para el salario mensual se toma en cuenta el mes de 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses que componen un año equivale a 360 días al año, es lógico, indiscutible y correcto, que la misma regla deba aplicarse para las cotizaciones obligatorias de los distintos regímenes (...).”

¹¹ Salario recibido en el año 2017, según certificación obrante en el expediente administrativo cd folio 55.

¹² Resultado de \$2'255.989/30 días

¹³ Días comprendidos entre el 05 de septiembre de 2017 hasta el 19 de noviembre 2018, de 30 días del mes.

¹⁴ Resultado de: 75.199*74

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996 “(...) [L]a sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. (...)”.

¹⁶ Mediante la cual la Corte declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3.º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: “Así, el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...) En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella” (Resaltado no es del texto original).

¹⁷ Por mencionar una de tantas, se puede consultar la sentencia del 31 de enero del 2008 de la Sección Segunda, Subsección A, radicado interno 7749-05, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995¹⁸ [...]

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.¹⁹

Es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.²⁰

Los intereses A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del C.P.A.C.A., a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Costas El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que *“Salvo en los procesos 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”*. El numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso²¹, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado²² ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá

¹⁸ Sentencia del 5 de agosto de 2010 de la Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 1521-2010, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “A” Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 Número Interno: 1520-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación SU-012 de 2018.

²¹ Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

²² Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.²³

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, dado que no se evidencia temeridad o mala fe, aunado a la falta de pruebas sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA EXISTENCIA del acto ficto o presunto configurado el 07 de septiembre de 2018, con ocasión a la petición presentada el día 07 de junio de 2018, al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD del acto ficto demandado, conforme con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, **a pagar**, en favor de la señora MARÍA ROSALBA DE LA ROSA RAMÍREZ en el periodo comprendido entre el 05 de septiembre 2017 hasta el 19 de noviembre de 217, **con 74** días de mora, que equivalen a la suma de **\$ 5'564.772 pesos**, en los términos de la parte motiva de este fallo.

CUARTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El *acto* será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

SEXTO. SIN COSTAS en esta instancia.

SÉPTIMO. Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada el contenido de este fallo. Así mismo, expídase copia de este fallo a las partes de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P. si así lo solicitan y archívese el proceso previo registro por el sistema siglo XXI.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

²³ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley" Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172019-00139
Demandante: María Rosalba de la Rosa Ramírez
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

Firmado Por:
LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación: **baba796697460dd0eabb0ad86a60007e8bfd7c1092cde5c15c23e781a30c096**
Documento generado en 14/09/2020 08:53:34 a.m.



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

En Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00138
Demandante: VILMA AZUCENA SAAVEDRA ESTUPIÑAN
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
Tema: Sanción moratoria

Sentencia No. 13

El Despacho a proferir Sentencia Anticipada de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, artículo 13, numeral 1° teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

Pretensiones de la demanda

1. Que se declare la existencia y la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 06 de diciembre de 2018 con ocasión a la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria radicada el 06 de septiembre de 2018 ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional – Fomag a pagar a la demandante la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías parciales, contados desde el día 14 de junio de 2016 hasta el día 28 de septiembre de 2016 hasta cuando se hizo efectivo el pago.
3. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de la sanción moratoria tomando como base la variación del I.P.C., desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.
4. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia
5. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A.
6. Que la demandada de cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

Normas Violadas y Concepto de Violación: El demandante refirió el desconocimiento de las leyes 91 de 1989 en sus artículos 5 y 15, 244 de 1995 artículos 1 y 2 y 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

Estimó que la entidad ha estado vulnerando el derecho al pago oportuno de cesantías por cuanto las cancela por fuera de los términos de ley, generando una sanción a favor del demandante equivalente a 1 día de salario por cada día de retardo, tal y como lo dispone la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

Contestación de la demandada: vencidos los términos señalados para contestar la demanda guardo silencio.

Alegatos de Conclusión

La Parte Demandante: El apoderado de la parte demandante, reitera los hechos y pretensiones contenidos en la demanda, indica que se trata de un tema de puro derecho y con decantada jurisprudencia especialmente la sentencia de unificación CE-SUJ2-18 de fecha 18 de julio de 2018 proferida por el Honorable Consejo de Estado,

La parte Demandada: solicita la improcedencia de indexación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías por tratarse de una penalidad de carácter económico. También solicita de existir una condena, que no se condene en costas conforme al artículo 365 del Código General del Proceso y los pronunciamientos del Consejo de Estado

Vencido el término concedido el Ministerio Público, guardó silencio.

Problema jurídico: Corresponde en este asunto determinar si el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el valor de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías reconocidas por la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante resolución 4864 de 27 de julio de 2016, en los términos del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 o si no le asiste tal derecho porque su régimen especial no lo contempla, como lo plantea la demandada.

Solución al problema jurídico: acogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, consideramos que el cargo docente se asimila a los cargos de los empleados públicos, razón por la que tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantías como beneficiaria del régimen general de los empleados públicos en los aspectos no regulados por la Ley 91 de 1989 (sentencias C-741 de 2012, C-486 de 2016, SU-336 de 2017 de la H. Corte Constitucional y SU-012 de 2018 del Consejo de Estado).

Hechos probados

1.- Solicitud de reconocimiento y pago de su cesantía parcial ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 14 de marzo de 2016 (fl.12).

2.- Mediante la Resolución No.4864 de 27 de julio de 2016, la entidad reconoce y ordena el pago de sus cesantías parciales (fl. 12-14)

3.- Según certificado de la Fiduprevisora S.A, el pago de las cesantías parciales quedó a disposición del demandante el 28 de septiembre de 2016 (fl. 16).

4.- El 06 de septiembre de 2018, la demandante presenta solicitud de reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 1071 de 2006 (fl.18-19).

5.- Salario percibido por el demandante en el año 2016 fue de \$3'120.336 (Fl. Expediente administrativo que se encuentra en CD (fl.36).

Análisis jurídico del caso. La Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados. Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y, los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional. En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, conservarían el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa

vigente en la entidad territorial y, a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.¹

Estando a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías y siendo aplicables a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990 las disposiciones jurídicas de carácter prestacional que se expidieran a futuro para los empleados públicos del orden nacional es procedente la aplicación de la sanción moratoria desarrollada por la Ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006 porque esta norma fue expedida a favor de todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, incluyendo las entidades que prestan servicios públicos y de educación del orden nacional y territorial en desarrollo del inciso final del artículo 53 de la C.P. en razón a que los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados de manera oportuna.²

El H. Consejo de Estado Subsección A³y, B⁴ y, la Corte Constitucional **SU336/17** han señalado la aplicabilidad de la sanción moratoria a favor de los docentes en razón a la Ley 1071 de 2006 que modificó la Ley 244 de 1995, dado que esta disposición normativa aplica a todos los empleados y trabajadores del estado como quedó contemplado en la exposición de motivos al advertir que “... la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo aparato del estado, no sólo a nivel nacional sino territorial”

La Corte Constitucional para llegar a la conclusión señalada asimiló a los docentes como empleados públicos por “existir importantes semejanzas, incluso identidades entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que, según explicó, son propias del trabajo de los docentes oficiales, entre ellas, cumplir tareas propias y típicas de entidades administrativas y la circunstancia de ser empleados de carrera, que se vinculan previo concurso, a través de un acto administrativo de nombramiento. Y, recordó que a partir de la ley 91 de 1989 en lo que tiene que ver con el pago de cesantías el FOMAG se rige por la normatividad aplicable a los empleados del sector

¹ El numeral 1° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, señala: “ Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. 2. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley”.

² Sobre la calidad de los docentes como de servidores públicos, indica la Ley 60 de 1993: “El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992.

Así mismo, la Ley 115 de 1994 señala que los docentes son: “Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial...”.

³ sentencia del 21 de octubre de 2011 Radicación interna 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09) ponencia Gustavo Gómez Aranguren Actor Eduardo Montoya Villafañe, sentencia del 10 de julio de 2014 radicación No. 17001-23-33-000201-00080-01(2099-13) Ponencia de Luis Rafael Vergara Quintero. Actor Martha Lucia Hernández Clavijo y, sentencia del 17 de noviembre de 2016 radicación 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014) Ponencia de William Hernández Gómez. Actor Fabio Ernesto Rodríguez Díaz.

⁴ Sentencia del 22 de enero de 2015 con radicación 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14) Ponencia Sandra Lisseth Ibarra Vélez. Actor Yaneth Lucia Gutiérrez Gutiérrez y sentencia del 14 de diciembre de 2015 con radiación 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14). Actor Diva Liliana Diago de Castillo.

público nacional ⁵, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, se debe dar aplicación al criterio de la condición que resulte más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.⁶⁷ El Consejo de Estado, mediante Sentencia de Unificación SU-012 de 2018, reiteró que los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

Marco normativo de la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías La sanción moratoria es una sanción a favor del trabajador con el propósito de resarcir los daños que se causaron a éste con ocasión del incumplimiento en el pago de sus cesantías. Su objeto es proteger el derecho de los servidores a percibir la liquidación de sus cesantías.⁸

⁵ Sentencia C-486 de 2016.

⁶ De conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Constitución la legislación en materia laboral debe garantizar ciertos principios mínimos a favor del trabajador, como lo son “la igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”. El principio de favorabilidad ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como aquel que se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. Según ha sostenido la Corte, en estos eventos “los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social” (sentencia T-832A de 2013). En otras palabras, si bien los jueces, incluyendo las Altas Cortes, tienen un amplio margen de interpretación en las normas laborales, “no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquél que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. En consecuencia, una conducta contraria configura un defecto que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, por desconocimiento directo del artículo 53 Constitucional” (sentencia T-350 de 2012).

⁷ Señala la Corte: “... La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro –en el caso del pago parcial de cesantías–, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido. (ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989.⁷⁽ⁱⁱⁱ⁾ Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales. (v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales. (vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución. (vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012).”

⁸ La sanción moratoria de manera particular, se encuentra desarrollada por la ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006, publicada el 31 de julio de 2006, así: “ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación. ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará 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 trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro. 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

Según la norma y conforme con la sentencia del 17 de noviembre de 2016, radicado interno 1520-2014, reiterando la sentencia del 27 de marzo de 2007, radicado interno 2777-04, la Administración debe liquidar a los funcionarios o exfuncionarios las cesantías parciales o definitivas dentro de los 15 días siguientes a la solicitud y, una vez agotado el procedimiento administrativo, tiene 45 días hábiles para pagarla; si en éste término no se cumple, a partir del día siguiente, deberá cancelar al servidor o exservidor un día de salario por cada día de retardo, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en dicha disposición normativa.

De esta forma, las entidades empleadoras, dentro de los **quince (15) días** hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas o parciales, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° de la misma ley, tienen un plazo máximo de **cuarenta y cinco (45) días** hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo para cancelar la prestación.

Contabilización de los términos en el caso estudiado. Revisados los documentos, se observa que la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías se presentó ante la Secretaría de Educación de Bogotá el **día 14 de marzo de 2016**; en consecuencia, para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se causa la mora a partir del **29 de junio de 2016**, partiendo del hecho que el **07 de abril de 2016** se cumplieron los 15 días para que la entidad proferiera el acto administrativo que liquidara y reconociera el pago de las cesantías parciales; 10 días más de ejecutoria que finalizan el **21 de abril de 2016** de conformidad con el C.P.A.C.A., debiendo quedar en firme el acto en esta fecha; seguidamente, se deben contabilizar 45 días para cancelar la prestación los cuales **se cumplieron el 28 de junio de 2016**; por tanto, el día siguiente, es decir, desde el **29 de junio de 2016** hasta el **27 de septiembre de 2016** fecha anterior en que se efectuó el pago según certificado visible a folio 16, es el rango de tiempo dentro del cual se debe contabilizar la sanción moratoria que debe pagar el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como quiera que la demandante se encuentra dentro del supuesto consagrado en el parágrafo del artículo 5° de la ley 1071 de 2006, tiene derecho al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías hasta que se hizo efectivo su pago.

Prescripción. - Conforme con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁹, se ha de indicar que, de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que la mora, objeto de las pretensiones, se generó a partir del **29 de junio de 2016** y la reclamación se realizó el **06 de septiembre de 2016** (fl.18), ante la Secretaría de Educación de Bogotá - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Como quiera que la demandante tenía hasta el **29 de junio de 2019** para reclamar la sanción moratoria, en el presente caso no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción.

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

⁹ En lo concerniente a la prescripción en sentencia del quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018), con Ponencia del H. Consejero William Hernández Gómez, la Subsección A –Sección Segunda del Consejo de Estado⁹, estableció lo siguiente “Prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 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 accesorios 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 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, si 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 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, 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, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990”.

Salario que se debe tener en cuenta para la liquidar la sanción la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 del Honorable Consejo de Estado indicó que para las cesantías será la asignación básica que devengue el servidor público al momento de causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo y para la liquidación en los términos del artículo 134 del CST se toma en cuenta que el mes tiene 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses equivale a 360 días al año¹⁰, así:

Salario mensual	Salario diario	Fecha de inicio de la mora	Día anterior al Pago	Días en mora	Total, sanción por mora
\$3'120.336 ¹¹	104.011 ¹²	29-06-2016	27-09-2016	88 ¹³	\$9'152.985 ¹⁴

Conforme la liquidación realizada anteriormente, se tiene que el valor que debe pagar la entidad demandada por sanción mora por pago tardío de las cesantías definitivas de la accionante, es de **\$9'152.985 pesos**.

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero Ahora bien, en torno a la solicitud de indexación, este Despacho acoge el criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, en la cual examinó la exequibilidad del parágrafo transitorio del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, al no resultar razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella¹⁵. Por tal razón este Despacho no accederá a la pretensión de indexación solicitada, siendo ésta la línea adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado:

“[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996¹⁶, la jurisprudencia del Consejo de Estado ¹⁷ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que “la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995¹⁸ [...]”

¹⁰ La Sentencia T-248 de 2008 menciona la sentencia del 10 de noviembre de 1982, dictada dentro del expediente No. 3524, en donde actuó como ponente el doctor Álvaro Orejuela Gómez, la cual fue reiterada en fallos del 12 de septiembre de 1996, expediente No. 9171, Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro y del 20 de noviembre de 1998, expediente No. 13310, la Sección Segunda sostuvo: “(...)Para nadie es desconocido que al servidor público, se le señala una remuneración mensual única, tomando el mes como de treinta días, independiente de que éste tenga 28 o 31. En el mismo sentido, en el campo privado, el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo contempla de manera enfática que “El salario en dinero debe pagarse por períodos iguales y vencidos, en moneda legal.” Así, si para el salario mensual se toma en cuenta el mes de 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses que componen un año equivale a 360 días al año, es lógico, indiscutible y correcto, que la misma regla deba aplicarse para las cotizaciones obligatorias de los distintos regímenes (...)”.

¹¹ Salario recibido en el año 2016, según certificación obrante en el expediente administrativo cd a folio 36.

¹² Resultado de \$3'120.336/30 días

¹³ Días comprendidos entre el 29 de junio de 2016 hasta el 27 de septiembre de 2016, de 30 días del mes.

¹⁴ Resultado de:104.011*88

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996 “(...) [L]a sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. (...)”.

¹⁶ Mediante la cual la Corte declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3.º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: “Así, el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...) En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella” (Resaltado no es del texto original).

¹⁷ Por mencionar una de tantas, se puede consultar la sentencia del 31 de enero del 2008 de la Sección Segunda, Subsección A, radicado interno 7749-05, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁸ Sentencia del 5 de agosto de 2010 de la Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 1521-2010, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.¹⁹

Es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.²⁰

Los intereses A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del C.P.A.C.A., a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Costas El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que *“Salvo en los procesos 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”*. El numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso²¹, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado²² ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.²³

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “A” Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 Número Interno: 1520-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación SU-012 de 2018.

²¹ Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

²² Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

²³ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, dado que no se evidencia temeridad o mala fe, aunado a la falta de pruebas sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA EXISTENCIA del acto ficto o presunto configurado el 06 de diciembre de 2018, con ocasión a la petición presentada el día 06 de septiembre de 2018, al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD del acto ficto demandado, conforme con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, **a pagar**, en favor de la señora VILMA AZUCENA SAAVEDRA ESTUPIÑAN en el periodo comprendido entre el 29 de junio de 2016 hasta el 27 de septiembre de 2016, **con 88 días de mora**, que equivalen a la suma de \$ **9'152.985 pesos**, en los términos de la parte motiva de este fallo.

CUARTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El *acto* será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

SEXTO. SIN COSTAS en esta instancia.

SÉPTIMO. Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada el contenido de este fallo. Así mismo, expídase copia de este fallo a las partes de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P. si así lo solicitan y archívese el proceso previo registro por el sistema siglo XXI.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley" Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral No. 1100133350172019-00138-00
Demandante: Vilma Azucena Saavedra
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional -Fomag

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación: **412792edd28d102fc066e4b7dcd9ea2a7b37c8bf0a5176101514106df938531f**
Documento generado en 14/09/2020 08:57:14 a.m.



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

En Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00126
Demandante: NINY LISBETH QUEVEDO MOJICA
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
Tema: Sanción moratoria

Sentencia No. 39

Procede el Despacho a proferir Sentencia Anticipada de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, artículo 13, numeral 1° teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

Pretensiones de la demanda

1. Que se declare la existencia y la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 19 de octubre de 2018 con ocasión a la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria radicada el 19 de julio de 2018 ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional – Fomag a pagar a la demandante la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías parciales, contados desde los setenta (70) días hábiles de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada hasta cuando se hizo efectivo el pago.
3. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de la sanción moratoria tomando como base la variación del I.P.C., desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.
4. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria.
5. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A.
6. Que la demandada de cumplimiento a la sentencia que se dicte en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

Normas Violadas y Concepto de Violación: El demandante refirió el desconocimiento de las leyes 91 de 1989 en sus artículos 5 y 15, 244 de 1995 artículos 1 y 2 y 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

Estimó que la entidad ha estado vulnerando el derecho al pago oportuno de cesantías por cuanto las cancela por fuera de los términos de ley, generando una sanción a favor del demandante equivalente a 1 día de salario por cada día de retardo, tal y como lo dispone la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

Contestación de la demanda - Debidamente notificada la entidad demandada señaló que la sanción dispuesta en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 no puede aplicarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por tener los docentes un régimen especial.

Manifiesta que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, no expidió el acto administrativo que reconoció la prestación social, ya que fue expedido por la Secretaría de Educación respectiva en uso de las facultades que le confirió el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el decreto 2831 de 2005. Referente a

jadmin17bta@notificacionesrj.gov.co

Cra. 57 N. 43-91, Piso 4

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172019-00126
Demandante: Niny Lisbeth Quevedo Mojica
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

la sanción por mora por el no pago oportuno de las cesantías, señala que por ser una sanción legal no se extiende a los docentes en razón a que Ley docente no la incorpora, en consecuencia, arguye que no puede aplicarse la sanción moratoria de la ley 1071 de 2006 ya que ésta no puede aplicarse por analogía (fls.52-64).

Alegatos de Conclusión

Parte demandante: El apoderado de la parte demandante, alegó de conclusión, reiterando, todos los hechos y pretensiones contenidos en la demanda, el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en términos de la Ley 1071 de 2006. Señala que en el expediente obra el certificado de la fidupervisora que demuestra la fecha de pago de las cesantías Señala que se debe dar aplicación a la Sentencia de Unificación, emitida por el H. Consejo de Estado de 18 de julio de 2018, dentro del expediente No. 73001-23-33-000-2014-00580 que tiene efectos vinculante en cuanto al régimen aplicable a los docentes respecto de la sanción por mora en la cancelación oportuna de las cesantías y a la sentencia de la Corte Constitucional SU -336 de 2017 en donde se concluyo que los docentes al servicio del estado tienen derecho, previo al cumplimiento de los requisitos legales al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

Parte Demandada: Solicita la improcedencia de indexación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, por tratarse la sanción moratoria de una penalidad de carácter económico También solicita que de existir una condena no se condene en costas conforme al artículo 365 del Código General del Proceso y los pronunciamientos del Consejo de Estado

El agente del Ministerio Público, guardó silencio.

Problema jurídico: Corresponde en este asunto determinar si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el valor de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías reconocidas por la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante Resolución No.4240 de 25 de mayo de 2017, en los términos del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 o si no le asiste tal derecho porque su régimen especial no lo contempla, como lo plantea la demandada.

Solución al problema jurídico: acogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, consideramos que el cargo docente se asimila a los cargos de los empleados públicos, razón por la que tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantias como beneficiaria del regimen general de los empleados publicos en los aspectos no regulados por la Ley 91 de 1989 (sentencias C-741 de 2012, C-486 de 2016, SU-336 de 2017 de la H. Corte Constitucional y SU-012 de 2018 del Consejo de Estado).

Hechos probados

- 1.- Solicitud de reconocimiento y pago de su cesantía parcial ante la Secretaría de educación de Bogotá 25 de febrero de 2017 (fl.16).
- 2.- Mediante la Resolución No.4240 de 25 de mayo de 2017, la entidad reconoce y ordena el pago de su cesantía parcial (fl.16vto).
- 3.- Según certificado del pago de las cesantías parciales quedó a disposición de la demandante el 27 de julio de 2017 (fl.17)
- 4.- El 19 de julio de 2018, la demandante presenta solicitud de reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 1071 de 2006 (fls.13-14)

5.- El salario percibido por el demandante en el año 2017 fue de \$ 1'768.850 (fl.58)

Análisis jurídico del caso. La Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados. Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y, los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional. En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, conservarían el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial y, a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.¹

Estando a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías y siendo aplicables a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990 las disposiciones jurídicas de carácter prestacional que se expidieran a futuro para los empleados públicos del orden nacional es procedente la aplicación de la sanción moratoria desarrollada por la Ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006 porque esta norma fue expedida a favor de todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, incluyendo las entidades que prestan servicios públicos y de educación del orden nacional y territorial en desarrollo del inciso final del artículo 53 de la C.P. en razón a que los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados de manera oportuna.²

El H. Consejo de Estado Subsección A³y, B⁴ y, la Corte Constitucional **SU336/17** han señalado la aplicabilidad de la sanción moratoria a favor de los docentes en razón a la Ley 1071 de 2006 que modificó la Ley 244 de 1995, dado que esta disposición normativa aplica a todos los empleados y trabajadores del estado como quedó contemplado en la exposición de motivos al advertir que “... la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo aparato del estado, no sólo a nivel nacional sino territorial”

La Corte Constitucional para llegar a la conclusión señalada asimiló a los docentes como empleados públicos por “existir importantes semejanzas, incluso identidades entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que, según explicó, son propias del trabajo de los docentes oficiales, entre ellas, cumplir tareas propias y típicas de entidades administrativas y la circunstancia de ser empleados de carrera, que se vinculan previo concurso, a través de un acto administrativo de nombramiento. Y, recordó que a partir de la ley 91 de 1989 en lo que tiene que ver con el pago de cesantías el FOMAG se rige por la normatividad aplicable a los empleados del sector público

¹ El numeral 1° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, señala: “ *Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. 2. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.*”

² Sobre la calidad de los docentes como de servidores públicos, indica la Ley 60 de 1993: “*El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992.*”

Así mismo, la Ley 115 de 1994 señala que los docentes son: “*Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial...*”

³ Sentencia del 21 de octubre de 2011 Radicación interna 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09) ponencia Gustavo Gómez Aranguren Actor Eduardo Montoya Villafañe, sentencia del 10 de julio de 2014 radicación No. 17001-23-33-000201-00080-01(2099-13) Ponencia de Luis Rafael Vergara Quintero. Actor Martha Lucia Hernández Clavijo y, sentencia del 17 de noviembre de 2016 radicación 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014) Ponencia de William Hernández Gómez. Actor Fabio Ernesto Rodríguez Díaz.

⁴ Sentencia del 22 de enero de 2015 con radicación 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14) Ponencia Sandra Lisseth Ibarra Vélez. Actor Yaneth Lucia Gutiérrez Gutiérrez y sentencia del 14 de diciembre de 2015 con radiación 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14). Actor Diva Liliana Diago de Castillo.

nacional⁵, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, se debe dar aplicación al criterio de la condición que resulte más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.⁶⁷

El Consejo de Estado, mediante Sentencia de Unificación SU-012 de 2018, reiteró que los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

Marco normativo de la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías La sanción moratoria es una sanción a favor del trabajador con el propósito de resarcir los daños que se causaron a éste con ocasión del incumplimiento en el pago de sus cesantías. Su objeto es proteger el derecho de los servidores a percibir la liquidación de sus cesantías.⁸

⁵ Sentencia C-486 de 2016.

⁶ De conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Constitución la legislación en materia laboral debe garantizar ciertos principios mínimos a favor del trabajador, como lo son "la igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad". El principio de favorabilidad ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como aquel que se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. Según ha sostenido la Corte, en estos eventos "los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social" (sentencia T-832A de 2013). En otras palabras, si bien los jueces, incluyendo las Altas Cortes, tienen un amplio margen de interpretación en las normas laborales, "no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquél que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. En consecuencia, una conducta contraria configura un defecto que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, por desconocimiento directo del artículo 53 Constitucional" (sentencia T-350 de 2012).

⁷ Señala la Corte: "... La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido. (ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989. (iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales. (v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales. (vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución. (vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012) "

⁸ La sanción moratoria de manera particular, se encuentra desarrollada por la ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006, publicada el 31 de julio de 2006, así: **"ARTÍCULO 1o. OBJETO.** La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación. **ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN.** Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará 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 trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro. **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

Según la norma y conforme con la sentencia del 17 de noviembre de 2016, radicado interno 1520-2014, reiterando la sentencia del 27 de marzo de 2007, radicado interno 2777-04, la Administración debe liquidar a los funcionarios o exfuncionarios las cesantías parciales o definitivas dentro de los 15 días siguientes a la solicitud y, una vez agotado el procedimiento administrativo, tiene 45 días hábiles para pagarla; si en éste término no se cumple, a partir del día siguiente, deberá cancelar al servidor o exservidor un día de salario por cada día de retardo, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en dicha disposición normativa.

De esta forma, las entidades empleadoras, dentro de los **quince (15) días** hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas o parciales, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° de la misma ley, tienen un plazo máximo de **cuarenta y cinco (45) días** hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo para cancelar la prestación.

Contabilización de los términos en el caso estudiado. Revisados los documentos, se observa que la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías se presentó ante la Secretaría de Educación de Bogotá el **25 de febrero de 2017**; en consecuencia, para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se causa la mora a partir del **10 de junio de 2017**, partiendo del hecho que el **17 de marzo de 2017** se cumplieron los 15 días para que la entidad proferiera el acto administrativo que liquidara y reconociera el pago de las cesantías parciales; 10 días más de ejecutoria que finalizan el **03 de abril de 2017** de conformidad con el C.P.A.C.A., debiendo quedar en firme el acto en esta fecha; seguidamente, se deben contabilizar 45 días para cancelar la prestación los cuales **se cumplieron el 09 de junio de 2017**; por tanto, el día siguiente, es decir, desde el **10 de junio de 2017** hasta el **26 de julio de 2017** fecha anterior en que se efectuó el pago según certificado visible a folio 17, es el rango de tiempo dentro del cual se debe contabilizar la sanción moratoria que debe pagar el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como quiera que la demandante se encuentra dentro del supuesto consagrado en el parágrafo del artículo 5° de la ley 1071 de 2006, tiene derecho al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías hasta que se hizo efectivo su pago.

Prescripción. - Conforme con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁹, se ha de indicar que, de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que la mora, objeto de las pretensiones, se generó a partir del **10 de junio de 2017** y la reclamación se realizó el **19 de julio de 2018** (fl.13-14), ante la Secretaría de Educación de Bogotá - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Como quiera que la demandante tiene hasta el **10 de junio de 2020** para reclamar la sanción moratoria, en el presente caso no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción.

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

⁹ En lo concerniente a la prescripción en sentencia del quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018), con Ponencia del H. Consejero William Hernández Gómez, la Subsección A –Sección Segunda del Consejo de Estado⁹, estableció lo siguiente “Prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 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 accesorios 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 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 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, 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, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990”.

Salario que se debe tener en cuenta para la liquidar la sanción la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 del Honorable Consejo de Estado indicó que para las cesantías será la asignación básica que devengue el servidor público al momento de causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo y para la liquidación en los términos del artículo 134 del CST se toma en cuenta que el mes tiene 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses equivale a 360 días al año¹⁰, así:

<u>Salario mensual</u>	<u>Salario diario</u>	<u>Fecha de inicio de la mora</u>	<u>Día anterior al Pago</u>	<u>Días en mora</u>	<u>Total, sanción por mora</u>
\$1'768.850 ¹¹	58.961 ¹²	10-06-2017	26-07-2017	46 ¹³	\$2'712.236 ¹⁴

Conforme la liquidación realizada anteriormente, se tiene que el valor que debe pagar la entidad demandada por sanción mora por pago tardío de las cesantías definitivas de la accionante, es de **\$2'712.236 pesos**

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero Ahora bien, en torno a la solicitud de indexación, este Despacho acoge el criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, en la cual examinó la exequibilidad del parágrafo transitorio del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, al no resultar razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella¹⁵. Por tal razón este Despacho no accederá a la pretensión de indexación solicitada, siendo ésta la línea adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado:

“[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996¹⁶, la jurisprudencia del Consejo de Estado ¹⁷ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que “la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en

¹⁰ La Sentencia T-248 de 2008 menciona la sentencia del 10 de noviembre de 1982, dictada dentro del expediente No. 3524, en donde actuó como ponente el doctor Álvaro Orejuela Gómez, la cual fue reiterada en fallos del 12 de septiembre de 1996, expediente No. 9171, Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro y del 20 de noviembre de 1998, expediente No. 13310, la Sección Segunda sostuvo: “(...)Para nadie es desconocido que al servidor público, se le señala una remuneración mensual única, tomando el mes como de treinta días, independiente de que éste tenga 28 o 31. En el mismo sentido, en el campo privado, el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo contempla de manera enfática que “El salario en dinero debe pagarse por períodos iguales y vencidos, en moneda legal.” Así, si para el salario mensual se toma en cuenta el mes de 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses que componen un año equivale a 360 días al año, es lógico, indiscutible y correcto, que la misma regla deba aplicarse para las cotizaciones obligatorias de los distintos regímenes (...).”

¹¹ Salario recibido en el año 2017, según certificación obrante a folio 58.

¹² Resultado de \$1768.850 /30 días

¹³ Días comprendidos entre el 10 de junio de 2017 hasta el 26 de julio de 2017 , de 30 días del mes.

¹⁴ Resultado de:58.961 *46

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996 “(...) [L]a sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía, sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. (...)”.

¹⁶ Mediante la cual la Corte declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3.º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: “Así, el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...) En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella” (Resaltado no es del texto original).

¹⁷ Por mencionar una de tantas, se puede consultar la sentencia del 31 de enero del 2008 de la Sección Segunda, Subsección A, radicado interno 7749-05, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172019-00126
Demandante: Niny Lisbeth Quevedo Mojica
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995¹⁸ [...]

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.¹⁹

Es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.²⁰

Los intereses A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del C.P.A.C.A., a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Costas El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que *“Salvo en los procesos 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”*. El numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso²¹, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado²² ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.²³

¹⁸ Sentencia del 5 de agosto de 2010 de la Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 1521- 2010, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “A” Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 Número Interno: 1520-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación SU-012 de 2018.

²¹ Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el párrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

²² Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

²³ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley” Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172019-00126
Demandante: Niny Lisbeth Quevedo Mojica
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, dado que no se evidencia temeridad o mala fe, aunado a la falta de pruebas sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA EXISTENCIA del acto ficto o presunto configurado el 19 de octubre de 2018, con ocasión a la petición presentada el día 19 de julio de 2018, al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD del acto ficto demandado, conforme con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, **a pagar**, en favor de la señora NINY LISBETH QUEVEDO MOJICA en el periodo comprendido entre el 10 de junio de 2017 hasta el 26 de julio de 2017, **con 46** días de mora, que equivalen a la suma de **\$2'712.236pesos**, en los términos de la parte motiva de este fallo.

CUARTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El acto será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

SEXTO. SIN COSTAS en esta instancia.

SÉPTIMO. Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada el contenido de este fallo. Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, así mismo, expídase copia de este fallo a las partes de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P. si así lo solicitan y archívese el proceso previo registro por el sistema siglo XXI.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172019-00126
Demandante: Niny Lisbeth Quevedo Mojica
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación:

2566b016cc52b65c29d24d1dde511cd835143d9d2bc1fd862b288951756196cc

Documento generado en 14/09/2020 08:52:32 a.m.



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

En Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2019-00108

Demandante: JUAN MARTIN ABAUNZA RODRÍGUEZ

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG

Tema: Sanción moratoria

Sentencia No. 21

Procede el Despacho a proferir Sentencia Anticipada de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, artículo 13, numeral 1° teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

Pretensiones de la demanda

1. Que se declare la existencia y la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 23 de noviembre de 2018 con ocasión a la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria radicada el 23 de agosto de 2018 ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional – Fomag a pagar a la demandante la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías parciales, contados desde los setenta (70) días hábiles de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada hasta cuando se hizo efectivo el pago.
3. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de la sanción moratoria tomando como base la variación del I.P.C., desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.
4. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria.
5. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A.
6. Que la demandada de cumplimiento a la sentencia que se dicte en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

Normas Violadas y Concepto de Violación: El demandante refirió el desconocimiento de las leyes 91 de 1989 en sus artículos 5 y 15, 244 de 1995 artículos 1 y 2 y 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

Estimó que la entidad ha estado vulnerando el derecho al pago oportuno de cesantías por cuanto las cancela por fuera de los términos de ley, generando una sanción a favor del demandante equivalente a 1 día de salario por cada día de retardo, tal y como lo dispone la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral.

Expediente: 1100133350172019-00108

Demandante: Juan Martin Abaunza

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

Contestación de la demanda - Debidamente notificada la entidad demandada señaló que la sanción dispuesta en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 no puede aplicarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por tener los docentes un régimen especial.

Manifiesta que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, no expidió el acto administrativo que reconoció la prestación social, ya que fue expedido por la Secretaría de Educación respectiva en uso de las facultades que le confirió el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el decreto 2831 de 2005. Referente a la sanción por mora por el no pago oportuno de las cesantías, señala que por ser una sanción legal no se extiende a los docentes en razón a que Ley docente no la incorpora, en consecuencia, arguye que no puede aplicarse la sanción moratoria de la ley 1071 de 2006 ya que ésta no puede aplicarse por analogía (fls.43-51).

Alegatos de Conclusión

la parte demandante y el Ministerio Público, guardaron silencio.

Por la parte Demandada: El apoderado de la Nación-Ministerio de Educación Nacional, presentó alegatos de conclusión, solicitando la improcedencia de indexación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, argumentando que por tratarse de una penalidad de carácter económico que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste al valor presente. También solicita que de existir una condena en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag y a la Fiduprevisora S.A, al momento de disponer sobre la condena en costas se analicen los aspectos señalados en el artículo 365 del Código General del Proceso y conforme a los pronunciamientos del Consejo de Estado se tenga en cuenta la buena fe de la entidad respecto a sus actuaciones procesales

Problema jurídico: Corresponde en este asunto determinar si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el valor de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías reconocidas por la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante Resolución No. 1831 de 26 de febrero de 2018, en los términos del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 o si no le asiste tal derecho porque su régimen especial no lo contempla, como lo plantea la demandada.

Solución al problema jurídico: acogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, consideramos que el cargo docente se asimila a los cargos de los empleados públicos, razón por la que tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantías como beneficiaria del regimen general de los empleados publicos en los aspectos no regulados por la Ley 91 de 1989 (sentencias C-741 de 2012, C-486 de 2016, SU-336 de 2017 de la H. Corte Constitucional y SU-012 de 2018 del Consejo de Estado).

Hechos probados

- 1.- Solicitud de reconocimiento y pago de su cesantía parcial ante la secretaria de educación de Bogotá 15 de septiembre de 2017 (fl.15).
- 2.- Mediante la Resolución No.1831 de 26 de febrero de 2018, la entidad reconoce y ordena el pago de su cesantía parcial (fl.15-17).
- 3.- Según certificado del pago de las cesantías parciales quedó a disposición del demandante el 26 de abril de 2018 (fl.42)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral.

Expediente: 1100133350172019-00108

Demandante: Juan Martin Abaunza

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

4.- El 23 de agosto de 2018, el demandante presenta solicitud de reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 1071 de 2006 (fls. 12-13)

5.- El salario percibido por el demandante en el año 2017 fue de \$ 2'122.625 (Fl. Expediente administrativo que se encuentra en CD (fl.36)

Análisis jurídico del caso. La Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados. Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y, los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional. En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, conservarían el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial y, a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.¹

Estando a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías y siendo aplicables a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990 las disposiciones jurídicas de carácter prestacional que se expidieran a futuro para los empleados públicos del orden nacional es procedente la aplicación de la sanción moratoria desarrollada por la Ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006 porque esta norma fue expedida a favor de todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, incluyendo las entidades que prestan servicios públicos y de educación del orden nacional y territorial en desarrollo del inciso final del artículo 53 de la C.P. en razón a que los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados de manera oportuna.²

El H. Consejo de Estado Subsección A³y, B⁴ y, la Corte Constitucional **SU336/17** han señalado la aplicabilidad de la sanción moratoria a favor de los docentes en razón a la Ley 1071 de 2006 que modificó la Ley 244 de 1995, dado que esta disposición normativa aplica a todos los empleados y trabajadores del estado como quedó contemplado en la exposición de motivos al advertir que "... la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo aparato del estado, no sólo a nivel nacional sino territorial"

¹ El numeral 1° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, señala: " Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. 2. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley".

² Sobre la calidad de los docentes como de servidores públicos, indica la Ley 60 de 1993: "El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992.

Así mismo, la Ley 115 de 1994 señala que los docentes son: "Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial...".

³ sentencia del 21 de octubre de 2011 Radicación interna 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09) ponencia Gustavo Gómez Aranguren Actor Eduardo Montoya Villafañe, sentencia del 10 de julio de 2014 radicación No. 17001-23-33-000201-00080-01(2099-13) Ponencia de Luis Rafael Vergara Quintero. Actor Martha Lucia Hernández Clavijo y, sentencia del 17 de noviembre de 2016 radicación 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014) Ponencia de William Hernández Gómez. Actor Fabio Ernesto Rodríguez Díaz.

⁴ Sentencia del 22 de enero de 2015 con radicación 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14) Ponencia Sandra Lisseth Ibarra Vélez. Actor Yaneth Lucia Gutiérrez Gutiérrez y sentencia del 14 de diciembre de 2015 con radiación 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14). Actor Diva Liliana Diago de Castillo.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral.
Expediente: 1100133350172019-00108
Demandante: Juan Martin Abaunza
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

La Corte Constitucional para llegar a la conclusión señalada asimiló a los docentes como empleados públicos por “existir importantes semejanzas, incluso identidades entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que, según explicó, son propias del trabajo de los docentes oficiales, entre ellas, cumplir tareas propias y típicas de entidades administrativas y la circunstancia de ser empleados de carrera, que se vinculan previo concurso, a través de un acto administrativo de nombramiento. Y, recordó que a partir de la ley 91 de 1989 en lo que tiene que ver con el pago de cesantías el FOMAG se rige por la normatividad aplicable a los empleados del sector público nacional ⁵, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, se debe dar aplicación al criterio de la condición que resulte más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.⁶⁷ El Consejo de Estado, mediante Sentencia de Unificación SU-012 de 2018, reiteró que los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

Marco normativo de la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías La sanción moratoria es una sanción a favor del trabajador con el propósito de resarcir los daños que se causaron a éste con ocasión del incumplimiento en el pago de sus cesantías. Su objeto es proteger el derecho de los servidores a percibir la liquidación de sus cesantías.⁸

⁵ Sentencia C-486 de 2016.

⁶ De conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Constitución la legislación en materia laboral debe garantizar ciertos principios mínimos a favor del trabajador, como lo son “la igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”. El principio de favorabilidad ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como aquel que se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. Según ha sostenido la Corte, en estos eventos “los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social” (sentencia T-832A de 2013). En otras palabras, si bien los jueces, incluyendo las Altas Cortes, tienen un amplio margen de interpretación en las normas laborales, “no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquél que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. En consecuencia, una conducta contraria configura un defecto que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, por desconocimiento directo del artículo 53 Constitucional” (sentencia T-350 de 2012).

⁷ Señala la Corte: “... La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989.(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales. (vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución.(vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012)”

⁸ La sanción moratoria de manera particular, se encuentra desarrollada por la ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006, publicada el 31 de julio de 2006, así: “ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación. ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral.
Expediente: 1100133350172019-00108
Demandante: Juan Martin Abaunza
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

Según la norma y conforme con la sentencia del 17 de noviembre de 2016, radicado interno 1520-2014, reiterando la sentencia del 27 de marzo de 2007, radicado interno 2777-04, la Administración debe liquidar a los funcionarios o exfuncionarios las cesantías parciales o definitivas dentro de los 15 días siguientes a la solicitud y, una vez agotado el procedimiento administrativo, tiene 45 días hábiles para pagarla; si en éste término no se cumple, a partir del día siguiente, deberá cancelar al servidor o exservidor un día de salario por cada día de retardo, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en dicha disposición normativa.

De esta forma, las entidades empleadoras, dentro de los **quince (15) días** hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas o parciales, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° de la misma ley, tienen un plazo máximo de **cuarenta y cinco (45) días** hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo para cancelar la prestación.

Contabilización de los términos en el caso estudiado. Revisados los documentos, se observa que la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías se presentó ante la Secretaría de Educación de Bogotá el **día 15 de septiembre de 2017**; en consecuencia, para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se causa la mora a partir del **30 de diciembre de 2017**, partiendo del hecho que el **06 de octubre de 2017** se cumplieron los 15 días para que la entidad proferiera el acto administrativo que liquidara y reconociera el pago de las cesantías parciales; 10 días más de ejecutoria que finalizan el **23 de octubre de 2017** de conformidad con el C.P.A.C.A., debiendo quedar en firme el acto en esta fecha; seguidamente, se deben contabilizar 45 días para cancelar la prestación los cuales **se cumplieron el 29 de diciembre de 2017**; por tanto, el día siguiente, es decir, desde el **30 de diciembre de 2017** hasta el **25 de abril de 2018** fecha anterior en que se efectuó el pago según certificado visible a folio 42, es el rango de tiempo dentro del cual se debe contabilizar la sanción moratoria que debe pagar el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como quiera que la demandante se encuentra dentro del supuesto consagrado en el parágrafo del artículo 5° de la ley 1071 de 2006, tiene derecho al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías hasta que se hizo efectivo su pago.

Prescripción. - Conforme con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁹, se ha de indicar que, de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que la mora, objeto de las

Para los mismos efectos se aplicará 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 trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro. 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

⁹ En lo concerniente a la prescripción en sentencia del quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018), con Ponencia del H. Consejero William Hernández Gómez, la Subsección A –Sección Segunda del Consejo de Estado⁹, estableció lo siguiente “Prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 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 accesorios 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 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 reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral.
Expediente: 1100133350172019-00108
Demandante: Juan Martin Abaunza
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

pretensiones, se generó a partir del **30 de diciembre de 2017** y la reclamación se realizó el **23 de agosto de 2018** (fl.12), ante la Secretaría de Educación de Bogotá - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Como quiera que la demandante tenía hasta el **30 de diciembre de 2020** para reclamar la sanción moratoria, en el presente caso no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción.

Salario que se debe tener en cuenta para la liquidar la sanción la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 del Honorable Consejo de Estado indicó que para las cesantías será la asignación básica que devengue el servidor público al momento de causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo y para la liquidación en los términos del artículo 134 del CST se toma en cuenta que el mes tiene 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses equivale a 360 días al año¹⁰, así:

Salario mensual	Salario diario	Fecha de inicio de la mora	Día anterior al Pago	Días en mora	Total, sanción por mora
\$2'122.625 ¹¹	70.754 ¹²	30-12-2017	25-04-2018	116 ¹³	\$8'207.464 ¹⁴

Conforme la liquidación realizada anteriormente, se tiene que el valor que debe pagar la entidad demandada por sanción mora por pago tardío de las cesantías definitivas de la accionante, es de **\$8'207.464 pesos**

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero Ahora bien, en torno a la solicitud de indexación, este Despacho acoge el criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, en la cual examinó la exequibilidad del parágrafo transitorio del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, al no resultar razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella¹⁵. Por tal razón este Despacho no accederá a la pretensión de indexación solicitada, siendo ésta la línea adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado:

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, 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, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990".

¹⁰ La Sentencia T-248 de 2008 menciona la sentencia del 10 de noviembre de 1982, dictada dentro del expediente No. 3524, en donde actuó como ponente el doctor Álvaro Orejuela Gómez, la cual fue reiterada en fallos del 12 de septiembre de 1996, expediente No. 9171, Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro y del 20 de noviembre de 1998, expediente No. 13310, la Sección Segunda sostuvo: "(...)Para nadie es desconocido que al servidor público, se le señala una remuneración mensual única, tomando el mes como de treinta días, independiente de que éste tenga 28 o 31. En el mismo sentido, en el campo privado, el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo contempla de manera enfática que "El salario en dinero debe pagarse por períodos iguales y vencidos, en moneda legal." Así, si para el salario mensual se toma en cuenta el mes de 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses que componen un año equivale a 360 días al año, es lógico, indiscutible y correcto, que la misma regla deba aplicarse para las cotizaciones obligatorias de los distintos regímenes (...)"

¹¹Salario recibido en el año 2017, según certificación obrante en el expediente administrativo cd folio 36.

¹² Resultado de \$2'122.625/30 días

¹³ Días comprendidos entre el 30 de diciembre de 2017 hasta el 25 abril de 2018, de 30 días del mes.

¹⁴ Resultado de: 70.754*116

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996 "(...) [L]a sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. (...)".

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral.

Expediente: 1100133350172019-00108

Demandante: Juan Martín Abaunza

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

“[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996¹⁶, la jurisprudencia del Consejo de Estado ¹⁷ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que “la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995¹⁸ [...]”

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.¹⁹

Es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.²⁰

Los intereses A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del C.P.A.C.A., a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Costas El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que “Salvo en los procesos 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”. El numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso²¹, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya

¹⁶ Mediante la cual la Corte declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3.º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: “Así, el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...) En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella” (Resaltado no es del texto original).

¹⁷ Por mencionar una de tantas, se puede consultar la sentencia del 31 de enero del 2008 de la Sección Segunda, Subsección A, radicado interno 7749-05, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁸ Sentencia del 5 de agosto de 2010 de la Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 1521-2010, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “A” Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 Número Interno: 1520-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación SU-012 de 2018.

²¹ Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral.

Expediente: 1100133350172019-00108

Demandante: Juan Martin Abaunza

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado²² ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.²³

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, dado que no se evidencia temeridad o mala fe, aunado a la falta de pruebas sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA EXISTENCIA del acto ficto o presunto configurado el 23 de noviembre de 2018, con ocasión a la petición presentada el día 23 de agosto de 2018, al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD del acto ficto demandado, conforme con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, **a pagar**, en favor del señor JUAN MARTIN ABAUNZA RODRÍGUEZ en el periodo comprendido entre el 30 de diciembre 2017 hasta el 25 de abril 2018, **con 116 días de mora**, que equivalen a la suma de **\$ 8'207.464 pesos**, en los términos de la parte motiva de este fallo.

CUARTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El *acto* será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

SEXTO. SIN COSTAS en esta instancia.

²² Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

²³ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley" Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral.
Expediente: 1100133350172019-00108
Demandante: Juan Martin Abaunza
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

SÉPTIMO. Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada el contenido de este fallo. Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, así mismo, expídase copia de este fallo a las partes de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P. si así lo solicitan y archívese el proceso previo registro por el sistema siglo XXI.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación: 7e0cc59b63c8e59bf8ba756327167a4da9b3a5c9f21367488a8ba70d1d0b6f8f
Documento generado en 14/09/2020 08:51:37 a.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Sentencia No.24

Radicación: 1100133335017-2019-00098-00
Demandante: Alexander Aguilar Vega
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema: Reajuste AR con base en el reajuste de la AA conforme I.P.C.

Evidenciando que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral propuesto por el señor Alexander Aguilar Vega contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR, teniendo en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES

Pretensiones:

- 1.- Se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en el oficio sin numero recibido por correo electrónico el 20 de septiembre de 2018 proferido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante los cuales se negó el reajuste y actualización de los sueldos básicos en los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 y consecuentemente el reajuste de la asignación de retiro.
- 2.- A consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Ministerio de Defensa Nacional –Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reajustar la asignación básica que percibió el demandante, durante los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, con las incidencias que correspondan de manera sucesiva para las vigencias subsiguientes, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.
- 3.- Ordenar, a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, reconozca al actor los valores adeudados por asignación de retiro con porcentaje IPC actualizado y debidamente reconocido hasta la fecha en que empezó a percibir la asignación de retiro es decir desde el día 22 de junio de 2018, reliquidación con su respectiva indexación de lo adeudado. Perjuicios materiales y morales causados.
- 4.- Condenar a la demandada CASUR, a pagar las diferencias que resulten entre lo efectivamente pagado y lo que se debió haber pagado, sumas debidamente indexadas, por concepto del reajuste de la asignación básica, desde el momento en que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo su pago, a fin de preservar el poder adquisitivo de estos valores, con la inclusión en nómina.
- 5.- Ordenar a la demandada dar cumplimiento al fallo dentro de los términos previstos en los artículos 192 a 195 del C.P.A.C.A.

Tesis del demandante: Destaca que las disposiciones quebrantadas vienen siendo desconocidas desde el año 1997 a la fecha, desatendiendo los derechos de los trabajadores, y en este caso en concreto del personal de la Fuerza Pública, por cuanto no se les reconoció y mucho menos canceló sus salarios y por consecuencia su asignación de retiro en la debida forma establecida en la Constitución Política, por lo que el reajuste salarial anual para el periodo comprendido entre 1997 y 2004 se efectuó en forma inferior a lo determinado por el DANE, como el Índice de Precios al Consumidor-IPC que mide el costo de vida.

Tesis de la demandada Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR: Indica que el Ministerio de Defensa – Policía Nacional, para los años 1997 a 2004, aumento el salario del demandante en cumplimiento de lo dispuesto en los decretos expedidos por el Presidente de la Republica en desarrollo de la ley 4 de 1992, como son los decreto 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001,

745 de 2002, 3552 de 2003 y 4158 de 2004 aplicando la escala gracual porcentual establecida por el gobierno Nacional para fijar los salarios mensuales de los miembros activos de la fuerza publica, lo cual no puede ser modificado por orden judicial conforme con lo que ha estudiado el Consejo de Estado. (fls. 52-55).

Problema jurídico: El problema jurídico consiste en establecer si es procedente ordenar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional la reliquidación de la asignación por actividad para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 en los términos en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, con ocasión a ello, si es procedente el reajuste de la asignación por retiro desde su efectividad, teniendo en cuenta la nueva base salarial y, el consecuente pago de los retroactivos a que haya lugar.

Solución al problema jurídico: No prosperan las pretensiones de la demanda en contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR teniendo en cuenta que para los años reclamados el demandante mientras estuvo en actividad se le reajustaron sus salarios de conformidad con la escala gradual porcentual, a través de los decretos que expidió para esa época el Gobierno Nacional, los cuales no pueden ser modificados a través de una decisión judicial por ser una escala gradual por disposición de la Constitución Política, diferente con los incrementos efectuados a las asignaciones de retiro basadas en el principio de oscilación para mantener el equilibrio entre los incrementos efectuados al personal activo y los realizados al personal en retiro que disfruta de una pensión o asignación de retiro que para los años comprendidos entre 1997 y 2004 pudieron ser modificados por vía judicial por haber sido inferiores al IPC en virtud de los dispuesto por la Ley 238 de 1995 ese reajuste para los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, en tanto resultaba más favorable que el establecido por el gobierno nacional, en aplicación del principio de oscilación, incidiendo dicho incremento positivamente en la base de la asignación por retiro¹.

Conforme con el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, el reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares se efectúa conforme al principio de oscilación, esto es, con base en el incremento de los sueldos del personal en actividad cuyo aumento porcentual a su vez depende del 100% de lo que devenga un coronel en servicio activo y no con base en la prestación reconocida a un Coronel en situación de retiro, por lo que no hay lugar a ordenar la reliquidación solicitada.

Así las cosas, el referente para efectuar la reliquidación de la asignación de retiro es el sueldo de los miembros de la fuerza pública en servicio activo, fijado por el Gobierno Nacional en virtud de la competencia asignada por la Constitución Política.

Régimen pensional y prestación aplicable los miembros de la Fuerza Pública Sistema de oscilación y reajuste del IPC

El Gobierno Nacional, en uso de sus facultades extraordinarias emanadas de la Ley 66 de 1989, expidió una serie de normas que se encargaron de regular el régimen prestacional y pensional de los miembros pertenecientes a la Fuerza Pública, entre estos, los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990 y 1091 de 1995.

Respecto del principio de oscilación, el artículo 56 del Decreto 1211 de 1990 dice lo siguiente:

¹ A partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el reajuste ya no se haría más de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, sino con aplicación del principio de oscilación, previsto en el artículo 42 del citado Decreto, pero que en todo caso, la base de la asignación de retiro a 31 de diciembre de 2004 debe contemplar el reajuste que en el pasado se ordenó con fundamento en fundamento la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004. En otras palabras, los incrementos que se efectúen sobre la asignación de retiro de un oficial o suboficial de la Fuerza Pública en retiro a partir de la entrar en vigencia el Decreto 4433 de 2004, esto es el 31 de diciembre de 2004, no pueden desconocer que dicha asignación de retiro, en su base, experimentó un incremento en virtud del reajuste que en sede judicial se ordenó con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, sobre el cual en todo caso deberá incrementarse a futuro, en virtud del principio de oscilación. Una interpretación en contrario desconocería el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos de la Constitución Política, esto es, en el inciso sexto del artículo 48 y en el inciso tercero del artículo 53 , derecho que a juicio de la Sala constituye una expresión del principio de Estado Social de Derecho, de la protección especial que establece la carta Política a las personas de la tercera edad y de los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 10 de agosto de 2017, Expediente 25000-23-42-000-2013-00104-01 (3714-2014), demandante: Wilson Gerley Vallejo Garzón, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

“Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. El personal del nivel ejecutivo o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la Administración Pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.”

El principio de oscilación, tiene como finalidad garantizar que las pensiones reconocidas a los miembros retirados de la fuerza pública, mantengan su poder adquisitivo, recibiendo el mismo incremento anual que el Gobierno Nacional dispone para los miembros activos de la Fuerza Pública.

Posteriormente, se expidió la Ley 4º de 1992, en donde se señalan las normas, objetivos y criterios que deben observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Finalmente, la Ley 100 de 1993², estableció dentro de las excepciones para su aplicación en el artículo 279, a los miembros de la Fuerza Pública, por encontrarse en un régimen especial, no obstante, el artículo 1º de la Ley 238 de 1995, ordenó que los regímenes exceptuados no estaban excluidos de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 arriba transcrito, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:” *Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.*

Así las cosas, legislador ordinario permite el reconocimiento de los beneficios de los artículos 14 y 142 de la Ley 100, a los pensionados de los regímenes exceptuados, esto es, el ajuste de su mesada pensional con base en el IPC certificado por el DANE.

En el año 2004, la Ley 923 mediante la cual se establecieron normas, objetivos y criterios que debe 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, estableció en el artículo 2 numeral 2.4 *El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas*” y en el artículo 3 ibídem, determinó que *el régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo que el incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo”.*

El Gobierno Nacional en uso de sus facultades, expidió 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”* y en su artículo 42 estableció el principio de oscilación determinando que las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado y que en ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El H. Consejo de Estado en sentencia del 17 de mayo de 2007³, de la Sala Plena de la Sección Segunda, mayoritariamente sostuvo que debía dársele aplicación al reajuste de la asignación de retiro con base en el artículo 14 de la Ley 100 de 1.993, haciendo de lado el reajuste con fundamento en el principio de oscilación, expresado lo siguiente:

“Por consiguiente, tratase aquí, entonces, del enfrentamiento de las previsiones de una ley marco (4ª de 1992) y de una ley ordinaria (238 de 1995) modificatoria de la ley que creó el Sistema de Seguridad Social Integral (ley 100 de 1993), que según la Caja demandada no podría “interpretarse la segunda en contravención” de la primera.

² Que consagró el régimen general e integral de seguridad social en pensiones.

³ H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 17 de mayo de 2007, Expediente No. 8464-05, Actor: José Jaime Tirado Castañeda, Consejero Ponente Dr. Jaime Moreno García.

Para comenzar no se trataría simplemente de la “interpretación” de la ley 238, sino de su aplicación, porque le creó a partir de su vigencia el derecho al grupo de pensionados de los sectores arriba relacionados, entre ellos a los pensionados de la Fuerza Pública, el derecho al reajuste de sus pensiones de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor y a la mesada 14.

Ahora bien, la Sala solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y más favorable, según se verá más adelante, en lugar de una ley marco anterior y su decreto 1212 de 1990 que la desarrolla, bajo la condición de que aquella fuera incompatible con la Constitución Política, debido a que esa es la única hipótesis constitucional para dejar de aplicar una ley que no ha sido declarada inexecutable.

Y la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es más favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior.

En efecto, en el caso concreto la Sala pudo establecer que al actor le resulta más favorable el reajuste de la pensión, con base en el IPC (Ley 100 de 1993), como lo demuestra el siguiente cuadro comparativo, efectuado por el Contador de la Sección Cuarta de esta corporación, según lo dispuesto en auto proferido con fundamento en el artículo 169 del C.C.A.

Lo anterior determina, además, que frente a los alegatos del acto acusado que enfrenta el sistema de reajustes de la oscilación de las asignaciones en actividad, que según la Caja demandada deben prevalecer sobre el del artículo 14 de la ley 100, el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, que para la Sala no la hay, por lo dicho anteriormente”.

Posteriormente, el H. Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección b, el 19 de febrero de dos mil nueve (2009), con ponencia del Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, sostuvo que el reajuste de las asignaciones de retiro y de las pensiones de los miembros de la Policía con base en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, solo podría hacerse hasta el año 2004, puesto que, a partir de dicha anualidad, imperó de nuevo el principio de oscilación para el reajuste de las prestaciones en mención:

“(…) En ese orden, el ajuste de las asignaciones de retiro a partir del año de 1995 deberá hacerse con fundamento en el I.P.C. que certifique el DANE; fórmula aplicable hasta el año de 2004, en razón de que el propio Legislador volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través del artículo 3 [3.13] de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año (…).” (Resalta el Despacho)

El régimen de Agentes, de oficiales y suboficiales activos de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares.

La Constitución Política en sus artículos 217 y 218, señala que los Miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, gozan de un régimen especial, de igual manera, el artículo 150 numeral 19 literal e) ibídem, establece que el Congreso de la República deberá dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno a la hora de fijar el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública.

Expedida la Ley 4ª de 1992 se establecieron las normas, objetivos y criterios que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública, tal y como lo preceptúa en su artículo 1º literal d).

De acuerdo a lo anterior y dando cumplimiento a lo dispuesto por el legislador se expide cada año el Decreto que fija los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, para la liquidación de los salarios del personal en actividad de las fuerzas militares y para las asignaciones de retiro, estas se reajustan anualmente de acuerdo con las

variaciones que se introduzcan en las asignaciones del personal en actividad, esto es, conforme al principio de oscilación.

El Decreto 107 de 1996, “*Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (...)*”, estableció en su artículo 1º lo siguiente: “**Artículo 1.** De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4ª de 192, fijase la siguiente escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública.

Los sueldos básicos mensuales para el personal a que se refiere este artículo, corresponderán al porcentaje que se indica para cada grado, con respecto a la asignación básica del grado de General.

Oficiales	%
General	100%
Mayor General	90%
Brigadier General	80%
Coronel	60%
Teniente Coronel	44.30%
Mayor	38.60%
Capitán	30.50%
Teniente	26.70%
Subteniente	23.70%
Suboficiales	
Sargento Mayor	26.40%
Sargento Primero	22.60%
Sargento Viceprimero	19.50%
Sargento Segundo	17.40%
Cabo Primero	16.40%
Cabo Segundo	17.90%
Nivel Ejecutivo	
Comisario	45.50%
Subcomisario	38.30%
Intendente	33.90%
Subintendente	26.40%
Patrullero	20.30%
Agentes de los cuerpos profesional y profesional especial de la Policía Nacional	
Con antigüedad inferior a 5 años de servicio	15.59%
Con antigüedad de 5 años y hasta menos de 10	18.35%
Con antigüedad de 10 o más años de servicio	18.81%

En lo que se refiere al reajuste salarial, el Gobierno Nacional ha tomado como base el porcentaje de asignación básica del grado de General cada año expidiendo los siguientes Decretos:

Decreto 122 de 1997	Decreto 407 de 2006
Decreto 058 de 1998	Decreto 1515 de 2007
Decreto 062 de 1999	Decreto 673 de 2008
Decreto 2724 de 2000	Decreto 737 de 2009
Decreto 2737 de 2001	Decreto 1530 de 2010
Decreto 745 de 2002	Decreto 1050 de 2011
Decreto 3552 de 2003	Decreto 0842 del 2012
Decreto 4158 de 2004	Decreto 1017 de 2013
Decreto 923 de 2005	Decreto 0187 de 2014

Con base en lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado, el 8 de septiembre de 2017, con

ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el proceso con Radicación número: 25000-23-42-000-2013-06382-01(3700-14, señaló lo siguiente

*“(…) para regular los salarios del personal de la fuerza pública, el Gobierno Nacional aplica la escala gradual, razón por la cual ésta no puede ser modificada por decisión judicial, mientras que, para calcular las asignaciones de retiro, se basa en el principio de oscilación, con el fin **de mantener el equilibrio entre los incrementos efectuados al personal activo y los realizados al personal en retiro** que disfruta de una pensión o asignación de retiro. (…) el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en la Ley 4ª de 1992, es quien fija el régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública, acatando lo dispuesto en el artículo 150 de la Constitución Política; es más, **al demandante mientras estuvo en actividad se le reajustaron sus salarios de conformidad con la escala gradual porcentual**, a través de los decretos que expidió para esa época el Gobierno Nacional.” (Negrilla fuera de texto)*

De esta forma, el Gobierno Nacional al expedir anualmente los Decretos que fijan el régimen salarial busca el equilibrio entre los militares activos y los retirados.

Caso concreto

Se encuentra probado que al **TENIENTE CORONEL ® ALEXANDER AGUILAR VEGA** , se retiró del servicio y se reconoció asignación de retiro a partir del 22 de junio de 2018. Por lo tanto, si hubiere lugar a reconocerse algún reajuste de acuerdo con los porcentajes del I.P.C., este debe ser objeto de estudio desde el año 1997 hasta el año 2004 como lo solicita la demanda.

Ahora bien, para los años 1997 a 2004 el demandante se encontraba en servicio activo siéndole aplicable los siguientes decretos que reajustaron su asignación salarial de acuerdo a la escala gradual de cada año:

Decreto	122 de 1997
Decreto	058 de 1998
Decreto	062 de 1999
Decreto	2724 de 2000
Decreto	2737 de 2001
Decreto	745 de 2002
Decreto	3552 de 2003
Decreto	4158 de 2004

No prosperan las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que para los años reclamados el demandante mientras estuvo en actividad se le reajustaron sus salarios de conformidad con la escala gradual porcentual, a través de los decretos que expidió para esa época el Gobierno Nacional, los cuales no pueden ser modificados a través de una decisión judicial por ser una escala gradual por disposición de la Constitución Política, diferente acontece con los incrementos efectuados a las asignaciones de retiro basadas en el principio de oscilación para mantener el equilibrio entre los incrementos efectuados al personal activo y los realizados al personal en retiro que disfruta de una pensión o asignación de retiro que para los años comprendidos entre 1997 y 2004 pudieron ser modificados por vía judicial por haber sido inferiores al IPC en virtud de los dispuesto por la ley 238 de 1995 ese reajuste para los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 tuvo lugar de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, en tanto resultaba más favorable que el establecido por el gobierno nacional, en aplicación del principio de oscilación, incidiendo dicho incremento positivamente en la base de la asignación por retiro⁴.

⁴ A partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el reajuste ya no se haría más de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, sino con aplicación del principio de oscilación, previsto en el artículo 42 del citado Decreto, pero que en todo caso, la base de la asignación de retiro a 31 de diciembre de 2004 debe contemplar el reajuste que en el pasado se ordenó con fundamento en fundamento la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004. En otras palabras, los incrementos que se efectúen sobre la asignación de retiro de un oficial o suboficial de la Fuerza Pública en retiro a partir de la entrar en vigencia el Decreto 4433 de 2004, esto es el 31 de diciembre de 2004, no pueden desconocer que dicha asignación de retiro, en su base, experimentó un incremento en virtud del reajuste que en sede judicial se ordenó, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, sobre el cual en todo caso deberá incrementarse a futuro, en virtud del principio de oscilación. Una interpretación en contrario desconocería el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos de la Constitución Política, esto es, en el inciso sexto del artículo 48 y en el inciso tercero del artículo 53 ,

Conforme con el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, el reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares se efectúa conforme al principio de oscilación, esto es, con base en el incremento de los sueldos del personal en actividad cuyo aumento porcentual a su vez depende del 100% de lo que devenga un Coronel en servicio activo y no con base en la prestación reconocida a un Coronel en situación de retiro, por lo que no hay lugar a ordenar la reliquidación solicitada.

Así las cosas, el referente para efectuar la reliquidación de la asignación de retiro es el sueldo de los miembros de la fuerza pública en servicio activo, fijado por el Gobierno Nacional en virtud de la competencia asignada por la Constitución Política.

Sobre el particular, en reciente sentencia el Consejo de Estado⁵, ha señalado:

[...]

En reiteradas oportunidades se han venido formulando por parte de la fuerza pública reclamaciones tendientes a obtener un reajuste en la asignación de retiro, las cuales se han sustentado en la variación porcentual del índice de precios al consumidor; dichas peticiones fueron reconocidas durante los años 1997 a 2004 que fue en aquellos en los cuales se originó una diferencia en el porcentaje de incremento, entre el principio de oscilación y el IPC.

En efecto, los valores que se han reajustado en relación a las asignaciones de retiro tanto para algunos miembros de la Policía Nacional como de las Fuerzas Militares, son el resultado de acciones de tutela o de decisiones judiciales dictadas en ejercicio de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales tiene trascendencia sólo entre las partes que intervinieron en el proceso y por lo tanto no generan una obligación ni un derecho adquirido a los demás servidores de las Fuerzas Armadas o de la Policía⁶.

[...]

De lo expuesto, se concluye que las providencias por medio de las cuales se ordenó el reajuste de la asignación de retiro de algunos coroneles conforme al índice de precios al consumidor (IPC), no tienen el alcance de modificar los decretos por medio de los cuales el ejecutivo fijó los sueldos de los miembros de la fuerza pública, pues solo afectan la situación de los sujetos que actuaron dentro de dichos procesos, comoquiera que sus efectos son *inter partes*.

Costas: El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que “Salvo en los procesos 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”. El numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁷, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la

derecho que a juicio de la Sala constituye una expresión del principio de Estado Social de Derecho, de la protección especial que establece la carta Política a las personas de la tercera edad y de los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 10 de agosto de 2017, Expediente 25000-23-42-000-2013-00104-01 (3714-2014), demandante: Wilson Gerley Vallejo Garzón, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER, sentencia del veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 25000-23-42-000-2013-06375-01(2644-15), Actor: Andrés Plazas Rodríguez, Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 10 de agosto de 2017, Expediente 25000-23-42-000-2013-00104-01 (3714-2014), demandante: Wilson Gerley Vallejo Garzón, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

⁷ Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado⁸ ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.⁹

Por no evidenciar temeridad o mala fe las actuaciones desplegadas por la entidad y no probarse el valor en esa instancia de las agencias en derecho no se condenará en costas

En mérito de lo expuesto, como **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por el señor Alexander Aguilar Vega contra la **Nación – Ministerio de Defensa** y la **Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

TERCERO. Una vez en firme esta sentencia, por Secretaría del Juzgado **ARCHÍVESE** el proceso, previas las correspondientes anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

⁸ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

⁹ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley” Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (regla nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Radicado No. 110013335017-2019-00098-00
Demandante: Alexander Aguilar Vega
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR
Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

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

Código de verificación:
8aa0cf06093e1b2d351bff013799328d5958e9b9c3acff61dd532688eedc963a
Documento generado en 14/09/2020 09:02:54 a.m.



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

En Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2019-00083

Demandante: TITO HELVER MOLINA LOZANO

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG

Tema: Sanción moratoria

Sentencia No.29

Procede el Despacho a proferir Sentencia Anticipada de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, artículo 13, numeral 1°, teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

Pretensiones de la demanda

1. Que se declare la existencia y la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 08 de septiembre de 2018 con ocasión a la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria radicada el 08 de junio de 2018 ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional – Fomag a pagar a la demandante la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías parciales, contados desde los setenta (70) días hábiles de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada hasta cuando se hizo efectivo el pago.
3. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de la sanción moratoria tomando como base la variación del I.P.C., desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.
4. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta que se efectué el pago de la sanción moratoria.
5. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A.
6. Que la demandada de cumplimiento a la sentencia que se dicte en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

Normas Violadas y Concepto de Violación: El demandante refirió el desconocimiento de las leyes 91 de 1989 en sus artículos 5 y 15, 244 de 1995 artículos 1 y 2 y 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

Estimó que la entidad ha estado vulnerando el derecho al pago oportuno de cesantías por cuanto las cancela por fuera de los términos de ley, generando una sanción a favor del demandante equivalente a 1 día de salario por cada día de retardo, tal y como lo dispone la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

Contestación de la demanda - Debidamente notificada la entidad demandada señaló que la sanción dispuesta en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 no puede aplicarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por tener los docentes un régimen especial.

Manifiesta que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, no expidió el acto administrativo que reconoció la prestación social, ya que fue expedido por la Secretaría de Educación respectiva en uso de

jadmin17bta@notificacionesrj.gov.co

Cra. 57 N. 43-91, Piso 4

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172019-00083
Demandante: Tito Helver Molina Lozano
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

las facultades que le confirió el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el decreto 2831 de 2005. Referente a la sanción por mora por el no pago oportuno de las cesantías, señala que por ser una sanción legal no se extiende a los docentes en razón a que Ley docente no la incorpora, en consecuencia, arguye que no puede aplicarse la sanción moratoria de la ley 1071 de 2006 ya que ésta no puede aplicarse por analogía (fls.43-54).

Alegatos de Conclusión

La parte demandante y el Ministerio Público, guardaron silencio.

Por la parte Demandada: La Nación-Ministerio de Educación Nacional, presentó alegatos de conclusión, solicitando la improcedencia de indexación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, argumentando que por no tratarse de una penalidad de carácter económico que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste al valor presente. También solicita que de existir una condena en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag al momento de disponer sobre la condena en costas se analicen los aspectos para ser exonerado conforme al artículo 365 del Código General del Proceso, los pronunciamientos del Consejo de Estado y la buena fe de la entidad respecto a sus actuaciones procesales,

Problema jurídico: Corresponde en este asunto determinar si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el valor de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías reconocidas por la Secretaría de Educación y Cultura de Soacha, mediante Resolución No.2708 de 18 de diciembre de 2017, en los términos del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 o si no le asiste tal derecho porque su régimen especial no lo contempla, como lo plantea la demandada.

Solución al problema jurídico: acogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, consideramos que el cargo docente se asimila a los cargos de los empleados públicos, razón por la que tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantías como beneficiaria del régimen general de los empleados públicos en los aspectos no regulados por la Ley 91 de 1989 (sentencias C-741 de 2012, C-486 de 2016, SU-336 de 2017 de la H. Corte Constitucional y SU-012 de 2018 del Consejo de Estado).

Hechos probados

- 1.- La solicitud de reconocimiento y pago de su cesantía parcial ante la Secretaría de educación de Soacha el 04 de octubre de 2017 según la resolución 2708 del 18 de diciembre del mismo año (fl.19).
- 2.- Mediante la Resolución No.2708 de 18 de diciembre de 2017, la entidad reconoce y ordena el pago de su cesantía parcial (fl.19-21).
- 3.- Según certificado del pago de las cesantías parciales quedó a disposición del demandante el 27 de febrero de 2018(fl.71)
- 4.- El 08 de junio de 2018, la demandante presenta solicitud de reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 1071 de 2006 (fls.23-24)
- 5.- El salario percibido por el demandante en el año 2018 fue de \$ 2'888.878 (fl.100)

Análisis jurídico del caso. La Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como docentes que, habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados. Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la

entidad territorial y, los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional. En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, conservarían el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial y, a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.¹

2

Estando a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías y siendo aplicables a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990 las disposiciones jurídicas de carácter prestacional que se expidieran a futuro para los empleados públicos del orden nacional es procedente la aplicación de la sanción moratoria desarrollada por la Ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006 porque esta norma fue expedida a favor de todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, incluyendo las entidades que prestan servicios públicos y de educación del orden nacional y territorial en desarrollo del inciso final del artículo 53 de la C.P. en razón a que los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados de manera oportuna.³

El H. Consejo de Estado Subsección A⁴y, B⁵ y, la Corte Constitucional **SU336/17** han señalado la aplicabilidad de la sanción moratoria a favor de los docentes en razón a la Ley 1071 de 2006 que modificó la Ley 244 de 1995, dado que esta disposición normativa aplica a todos los empleados y trabajadores del estado como quedó contemplado en la exposición de motivos al advertir que “... la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo aparato del estado, no sólo a nivel nacional sino territorial”

La Corte Constitucional para llegar a la conclusión señalada asimiló a los docentes como empleados públicos por “existir importantes semejanzas, incluso identidades entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que, según explicó, son propias del trabajo de los docentes oficiales, entre ellas, cumplir tareas propias y típicas de entidades administrativas y la circunstancia de ser empleados de carrera, que se vinculan previo concurso, a través de un acto administrativo de nombramiento. Y, recordó que a partir de la ley 91 de 1989 en lo que tiene que ver con el pago de cesantías el FOMAG se rige por la normatividad aplicable a los empleados del sector público

¹ El numeral 1° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, señala: “Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. 2. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley”.

³ Sobre la calidad de los docentes como de servidores públicos, indica la Ley 60 de 1993: “El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992.

Así mismo, la Ley 115 de 1994 señala que los docentes son: “Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial...”.

⁴ sentencia del 21 de octubre de 2011 Radicación interna 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09) ponencia Gustavo Gómez Aranguren Actor Eduardo Montoya Villafañe, sentencia del 10 de julio de 2014 radicación No. 17001-23-33-000201-00080-01(2099-13) Ponencia de Luis Rafael Vergara Quintero. Actor Martha Lucia Hernández Clavijo y, sentencia del 17 de noviembre de 2016 radicación 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014) Ponencia de William Hernández Gómez. Actor Fabio Ernesto Rodríguez Díaz.

⁵ Sentencia del 22 de enero de 2015 con radicación 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14) Ponencia Sandra Lisseth Ibarra Vélez. Actor Yaneth Lucia Gutiérrez Gutiérrez y sentencia del 14 de diciembre de 2015 con radiación 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14). Actor Diva Liliana Diago de Castillo.

nacional⁶, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, se debe dar aplicación al criterio de la condición que resulte más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.⁷⁸

El Consejo de Estado, mediante Sentencia de Unificación SU-012 de 2018, reiteró que los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

Marco normativo de la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías La sanción moratoria es una sanción a favor del trabajador con el propósito de resarcir los daños que se causaron a éste con ocasión del incumplimiento en el pago de sus cesantías. Su objeto es proteger el derecho de los servidores a percibir la liquidación de sus cesantías.⁹

⁶ Sentencia C-486 de 2016.

⁷ De conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Constitución la legislación en materia laboral debe garantizar ciertos principios mínimos a favor del trabajador, como lo son "la igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad". El principio de favorabilidad ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como aquel que se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. Según ha sostenido la Corte, en estos eventos "los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social" (sentencia T-832A de 2013). En otras palabras, si bien los jueces, incluyendo las Altas Cortes, tienen un amplio margen de interpretación en las normas laborales, "no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquél que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. En consecuencia, una conducta contraria configura un defecto que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, por desconocimiento directo del artículo 53 Constitucional" (sentencia T-350 de 2012).

⁸ Señala la Corte: "... La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido. (ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989. (iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales. (v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales. (vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución. (vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012) "

⁹ La sanción moratoria de manera particular, se encuentra desarrollada por la ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006, publicada el 31 de julio de 2006, así: **"ARTÍCULO 1o. OBJETO.** La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación. **ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN.** Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará 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 trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro. **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

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172019-00083
Demandante: Tito Helver Molina Lozano
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

Según la norma y conforme con la sentencia del 17 de noviembre de 2016, radicado interno 1520-2014, reiterando la sentencia del 27 de marzo de 2007, radicado interno 2777-04, la Administración debe liquidar a los funcionarios o exfuncionarios las cesantías parciales o definitivas dentro de los 15 días siguientes a la solicitud y, una vez agotado el procedimiento administrativo, tiene 45 días hábiles para pagarla; si en éste término no se cumple, a partir del día siguiente, deberá cancelar al servidor o exservidor un día de salario por cada día de retardo, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en dicha disposición normativa.

De esta forma, las entidades empleadoras, dentro de los **quince (15) días** hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas o parciales, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° de la misma ley, tienen un plazo máximo de **cuarenta y cinco (45) días** hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo para cancelar la prestación.

Contabilización de los términos en el caso estudiado. Revisados los documentos, se observa que la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías se presentó ante la Secretaría de Educación de Soacha el **04 de octubre de 2017**; en consecuencia, para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se causa la mora a partir del **20 de enero de 2018**, partiendo del hecho que el **26 de octubre de 2017** se cumplieron los 15 días para que la entidad proferiera el acto administrativo que liquidara y reconociera el pago de las cesantías parciales; 10 días más de ejecutoria que finalizan el **10 de noviembre de 2017** de conformidad con el C.P.A.C.A., debiendo quedar en firme el acto en esta fecha; seguidamente, se deben contabilizar 45 días para cancelar la prestación los cuales **se cumplieron el 19 de enero de 2018**; por tanto, el día siguiente, es decir, desde el **20 de enero de 2018** hasta el **26 de febrero de 2018** fecha anterior en que se efectuó el pago según certificado visible a folio 37, es el rango de tiempo dentro del cual se debe contabilizar la sanción moratoria que debe pagar el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como quiera que la demandante se encuentra dentro del supuesto consagrado en el parágrafo del artículo 5° de la ley 1071 de 2006, tiene derecho al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías hasta que se hizo efectivo su pago.

Prescripción. - Conforme con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral¹⁰, se ha de indicar que, de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que la mora, objeto de las pretensiones, se generó a partir del **20 de enero de 2018** y la reclamación se realizó el **08 de junio de 2018** (fl.23-24), ante la Secretaría de Educación y cultura de Soacha - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Como quiera que la demandante tenía hasta el **20 de enero del 2021** para reclamar la sanción moratoria, en el presente caso no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción.

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

¹⁰ En lo concerniente a la prescripción en sentencia del quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018), con Ponencia del H. consejero William Hernández Gómez, la Subsección A –Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁰, estableció lo siguiente “Prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 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 accesorios 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 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 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, previamente citados, consiste en que tales de 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, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990”.

Ssalario que se debe tener en cuenta para la liquidar la sanción la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 del Honorable Consejo de Estado indicó que para las cesantías será la asignación básica que devengue el servidor público al momento de causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo y para la liquidación en los términos del artículo 134 del CST se toma en cuenta que el mes tiene 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses equivale a 360 días al año¹¹, así:

<u>Salario mensual</u>	<u>Salario diario</u>	<u>Fecha de inicio de la mora</u>	<u>Día anterior al Pago</u>	<u>Días en mora</u>	<u>Total, sanción por mora</u>
\$2'888.878 ¹²	96.295 ¹³	20-01-2018	26-02-2018	36 ¹⁴	\$3'466.654 ¹⁵

Conforme la liquidación realizada anteriormente, se tiene que el valor que debe pagar la entidad demandada por sanción mora por pago tardío de las cesantías definitivas de la accionante, es de **\$3'466.654 pesos**

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero Ahora bien, en torno a la solicitud de indexación, este Despacho acoge el criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, en la cual examinó la exequibilidad del parágrafo transitorio del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, al no resultar razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria, sino que incluso es superior a ella¹⁶. Por tal razón este Despacho no accederá a la pretensión de indexación solicitada, siendo ésta la línea adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado:

“[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996¹⁷, la jurisprudencia del Consejo de Estado ¹⁸ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria, sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que “la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de las cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en

¹¹ La Sentencia T-248 de 2008 menciona la sentencia del 10 de noviembre de 1982, dictada dentro del expediente No. 3524, en donde actuó como ponente el doctor Álvaro Orejuela Gómez, la cual fue reiterada en fallos del 12 de septiembre de 1996, expediente No. 9171, Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro y del 20 de noviembre de 1998, expediente No. 13310, la Sección Segunda sostuvo: “(...)Para nadie es desconocido que al servidor público, se le señala una remuneración mensual única, tomando el mes como de treinta días, independiente de que éste tenga 28 o 31. En el mismo sentido, en el campo privado, el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo contempla de manera enfática que “El salario en dinero debe pagarse por períodos iguales y vencidos, en moneda legal.” Así, si para el salario mensual se toma en cuenta el mes de 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses que componen un año equivale a 360 días al año, es lógico, indiscutible y correcto, que la misma regla deba aplicarse para las cotizaciones obligatorias de los distintos regímenes (...).”

¹²Salario recibido en el año 2018, folio 100 .

¹³ Resultado de \$ 2'888.878/30 días

¹⁴Días comprendidos entre el 20 de enero de 2018 hasta 26 de febrero de 2018, de 30 días del mes.

¹⁵ Resultado de 96.295 *36

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996 “(...) [L]a sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía, sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria, sino que incluso es superior a ella. (...)”.

¹⁷ Mediante la cual la Corte declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3.º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: “Así, el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...) En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella” (Resaltado no es del texto original).

¹⁸ Por mencionar una de tantas, se puede consultar la sentencia del 31 de enero del 2008 de la Sección Segunda, Subsección A, radicado interno 7749-05, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172019-00083
Demandante: Tito Helver Molina Lozano
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995¹⁹ [...]

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.²⁰

Es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.²¹

Los intereses A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del C.P.A.C.A., a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Costas El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que *“Salvo en los procesos 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”*. El numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso²², la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado²³ ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.²⁴

¹⁹ Sentencia del 5 de agosto de 2010 de la Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 1521- 2010, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “A” Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 Número Interno: 1520-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación SU-012 de 2018.

²² Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el párrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

²³ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

²⁴ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley” Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<” debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172019-00083
Demandante: Tito Helver Molina Lozano
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, dado que no se evidencia temeridad o mala fe, aunado a la falta de pruebas sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA EXISTENCIA del acto ficto o presunto configurado el 08 de septiembre de 2018, con ocasión a la petición presentada el día 08 de junio de 2018, al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD del acto ficto demandado, conforme con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, **a pagar**, en favor del señor TITO HELVER MOLINA LOZANO el periodo comprendido entre el 20 de enero de 2018 hasta el 26 de febrero de 2018, **con 36** días de mora, que equivalen a la suma de **\$3'466.654 pesos**, en los términos de la parte motiva de este fallo.

CUARTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El acto será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

SEXTO. SIN COSTAS en esta instancia.

SÉPTIMO. Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada el contenido de este fallo. Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, así mismo, expídase copia de este fallo a las partes de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P. si así lo solicitan y archívese el proceso previo registro por el sistema siglo XXI.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172019-00083
Demandante: Tito Helver Molina Lozano
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación:

814ebd756533a3da2e394b154b603693dcac0dbef4146efc0fcab5dcb16e2bc9

Documento generado en 14/09/2020 08:50:26 a.m.



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

En Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00016-00
Demandante: HERNAN FLORENTINO GARCIA ESTUPIÑAN
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
Tema: Sanción moratoria

Sentencia No. 23

Procede el Despacho a proferir Sentencia Anticipada de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, artículo 13, numeral 1° teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

Pretensiones de la demanda

1. Que se declare la existencia y la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 04 de julio de 2018 con ocasión a la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria radicada el 04 de abril de 2018 ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional – Fomag a pagar a la demandante la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías parciales desde el día 26 de noviembre de 2016 hasta el 27 de julio de 2017.
3. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de la sanción moratoria tomando como base la variación del I.P.C., desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.
4. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria.
5. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A.
6. Que la demandada de cumplimiento a la sentencia que se dicte en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

Normas Violadas y Concepto De Violación: El demandante refirió el desconocimiento de las leyes 91 de 1989 en sus artículos 5 y 15, 244 de 1995 artículos 1 y 2 y 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

Estimó que la entidad ha estado vulnerando el derecho al pago oportuno de cesantías por cuanto las cancela por fuera de los términos de ley, generando una sanción a favor del demandante equivalente a 1 día de salario por cada día de retardo, tal y como lo dispone la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral.
Expediente: 1100133350172019-00016-00
Demandante: Hernán Florentino García
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag.

Contestación de la demanda - Debidamente notificada la entidad demandada señaló que la sanción dispuesta en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 no puede aplicarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por tener los docentes un régimen especial.

Manifiesta que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, no expidió el acto administrativo que reconoció la prestación social, ya que fue expedido por la Secretaría de Educación respectiva en uso de las facultades que le confirió el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el decreto 2831 de 2005. Referente a la sanción por mora por el no pago oportuno de las cesantías, señala que por ser una sanción legal no se extiende a los docentes en razón a que Ley docente no la incorpora, en consecuencia, arguye que no puede aplicarse la sanción moratoria de la ley 1071 de 2006 ya que ésta no puede aplicarse por analogía (fls.35-43).

Alegatos de Conclusión

Parte Demandante: El apoderado de la parte demandante, alegó de conclusión, reiterando, todos los hechos y pretensiones contenidos en la demanda que dio inicio al proceso, en el caso bajo estudio se debate el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, indica que se trata de un tema de puro derecho y con decantada jurisprudencia especialmente con sentencia de unificación CE-SUJ2-18 de fecha 18 de julio de 2018 proferida por el Honorable Consejo de Estado, en la cual los docentes les son aplicables las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 que contemplan la sanción mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servicios públicos. Solicita acceder a las pretensiones de la demanda, ordenando reconocer y pagar a la demandante la sanción moratoria de que trata el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías reconocidas mediante resolución No. 3243 de 02 de mayo de 2017, desde el 06 de diciembre de 2016 fecha en la cual venció el plazo con que la Entidad contaba para realizar el pago hasta el día 27 de julio de 2017 día en el que efectivamente de canceló la cesantía, a razón de un día de salario por cada día de retardo en el pago, teniendo en cuenta el salario devengado por la demandante al momento de la causación de la mora.

Parte Demandada: El apoderado de la Nación-Ministerio de Educación Nacional, presentó alegatos de conclusión, solicitando la improcedencia de indexación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, argumentando que por no tratarse la sanción moratoria de un derecho laboral sino de una penalidad de carácter económico que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste al valor presente. También solicitó que de existir una condena en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag y a la Fiduprevisora S.A, al momento de disponer sobre la condena en costas se analicen los aspectos aquí señalados para exonerar de costas a la parte demandada conforme al artículo 365 del Código General del Proceso y conforme a los pronunciamientos del Consejo de Estado la condena en costas no es objetiva, sino que se debe tener en cuenta la buena fe de la entidad respecto a sus actuaciones procesales, como se evidencia en el expediente.

Problema jurídico: Corresponde en este asunto determinar si el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el valor de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías reconocidas por la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante resolución 3243 de 02 de mayo de 2017, en los términos del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 o si no le asiste tal derecho porque su régimen especial no lo contempla, como lo plantea la demandada.

Solución al problema jurídico: acogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, consideramos que el cargo docente se asimila a los cargos de los empleados públicos, razón por la que tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantías como beneficiaria

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral.
Expediente: 1100133350172019-00016-00
Demandante: Hernán Florentino García
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag.

del regimen general de los empleados publicos en los aspectos no regulados por la Ley 91 de 1989 (sentencias C-741 de 2012, C-486 de 2016, SU-336 de 2017 de la H. Corte Constitucional y SU-012 de 2018 del Consejo de Estado).

Hechos probados

- 1.- Solicitud de reconocimiento y pago de su cesantía parcial ante la Secretaria de Educación de Bogotá el 26 de agosto de 2016.(fl.10).
- 2.- Mediante la Resolución No.3243 de 02 de mayo de 2017, la entidad reconoce y ordena el pago de sus cesantías parciales (fl. 10-11)
- 3.- Según certificado de la Fiduprevisora S.A, el pago de las cesantías parciales quedó a disposición del demandante el 27 de julio de 2017 (fl. 14).
- 4.- El 04 de abril de 2018, el demandante presenta solicitud de reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 1071 de 2006 (fl.15-17)
- 5.- Salario percibido por el demandante en el año 2016 fue de \$1.765.732 (Fl. Expediente administrativo que se encuentra en CD (fl.31)

Análisis jurídico del caso. La Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como docentes que, habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados. Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y, los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional. En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, conservarían el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial y, a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.¹

Estando a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías y siendo aplicables a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990 las disposiciones jurídicas de carácter prestacional que se expidieran a futuro para los empleados públicos del orden nacional es procedente la aplicación de la sanción moratoria desarrollada por la Ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006 porque esta norma fue expedida a favor de todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, incluyendo las entidades que prestan servicios públicos y de educación del orden nacional y territorial en desarrollo del inciso final del artículo 53 de la C.P. en razón a que los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados de manera oportuna.²

¹ El numeral 1° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, señala: “ Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. 2. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley”.

² Sobre la calidad de los docentes como de servidores públicos, indica la Ley 60 de 1993: “El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992.

Así mismo, la Ley 115 de 1994 señala que los docentes son: “Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial...”.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral.
Expediente: 1100133350172019-00016-00
Demandante: Hernán Florentino García
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag.

El H. Consejo de Estado Subsección A³y, B⁴ y, la Corte Constitucional **SU336/17** han señalado la aplicabilidad de la sanción moratoria a favor de los docentes en razón a la Ley 1071 de 2006 que modificó la Ley 244 de 1995, dado que esta disposición normativa aplica a todos los empleados y trabajadores del estado como quedó contemplado en la exposición de motivos al advertir que "... la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo aparato del estado, no sólo a nivel nacional sino territorial"

La Corte Constitucional para llegar a la conclusión señalada asimiló a los docentes como empleados públicos por "existir importantes semejanzas, incluso identidades entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que, según explicó, son propias del trabajo de los docentes oficiales, entre ellas, cumplir tareas propias y típicas de entidades administrativas y la circunstancia de ser empleados de carrera, que se vinculan previo concurso, a través de un acto administrativo de nombramiento. Y, recordó que a partir de la ley 91 de 1989 en lo que tiene que ver con el pago de cesantías el FOMAG se rige por la normatividad aplicable a los empleados del sector público nacional⁵, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, se debe dar aplicación al criterio de la condición que resulte más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.⁶⁷ El Consejo de Estado, mediante Sentencia de Unificación SU-012 de 2018, reiteró que los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en

³ sentencia del 21 de octubre de 2011 Radicación interna 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09) ponencia Gustavo Gómez Aranguren Actor Eduardo Montoya Villafañe, sentencia del 10 de julio de 2014 radicación No. 17001-23-33-000201-00080-01(2099-13) Ponencia de Luis Rafael Vergara Quintero. Actor Martha Lucia Hernández Clavijo y, sentencia del 17 de noviembre de 2016 radicación 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014) Ponencia de William Hernández Gómez. Actor Fabio Ernesto Rodríguez Díaz.

⁴ Sentencia del 22 de enero de 2015 con radicación 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14) Ponencia Sandra Lisseth Ibarra Vélez. Actor Yaneth Lucia Gutiérrez Gutiérrez y sentencia del 14 de diciembre de 2015 con radiación 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14). Actor Diva Liliana Diago de Castillo.

⁵ Sentencia C-486 de 2016.

⁶ De conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Constitución la legislación en materia laboral debe garantizar ciertos principios mínimos a favor del trabajador, como lo son "la igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad". El principio de favorabilidad ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como aquel que se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. Según ha sostenido la Corte, en estos eventos "los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social" (sentencia T-832A de 2013). En otras palabras, si bien los jueces, incluyendo las Altas Cortes, tienen un amplio margen de interpretación en las normas laborales, "no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquél que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. En consecuencia, una conducta contraria configura un defecto que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, por desconocimiento directo del artículo 53 Constitucional" (sentencia T-350 de 2012).

⁷ Señala la Corte: "... La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido. (ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989. (iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales. (v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales. (vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución. (vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012) "

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral.
Expediente: 1100133350172019-00016-00
Demandante: Hernán Florentino García
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag.

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.

Marco normativo de la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías La sanción moratoria es una sanción a favor del trabajador con el propósito de resarcir los daños que se causaron a éste con ocasión del incumplimiento en el pago de sus cesantías. Su objeto es proteger el derecho de los servidores a percibir la liquidación de sus cesantías.⁸

Según la norma y conforme con la sentencia del 17 de noviembre de 2016, radicado interno 1520-2014, reiterando la sentencia del 27 de marzo de 2007, radicado interno 2777-04, la Administración debe liquidar a los funcionarios o exfuncionarios las cesantías parciales o definitivas dentro de los 15 días siguientes a la solicitud y, una vez agotado el procedimiento administrativo, tiene 45 días hábiles para pagarla; si en éste término no se cumple, a partir del día siguiente, deberá cancelar al servidor o exservidor un día de salario por cada día de retardo, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en dicha disposición normativa.

De esta forma, las entidades empleadoras, dentro de los **quince (15) días** hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas o parciales, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5º de la misma ley, tienen un plazo máximo de **cuarenta y cinco (45) días** hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo para cancelar la prestación.

Contabilización de los términos en el caso estudiado. Revisados los documentos, se observa que la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías se presentó ante la Secretaría de Educación Cundinamarca el **día 26 de agosto de 2016**; en consecuencia, para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se causa la mora a partir del **08 de diciembre de 2016**, partiendo del hecho que el **16 de septiembre de 2016** se cumplieron los 15 días para que la entidad profririera el acto administrativo que liquidara y reconociera el pago de las cesantías parciales; 10 días más de ejecutoria que finalizan el **30 de septiembre de 2016** de conformidad con el C.P.A.C.A., debiendo quedar en firme el acto en esta fecha; seguidamente, se deben contabilizar 45 días para cancelar la prestación los cuales **se cumplieron el 07 de diciembre de 2016** ; por tanto, el día siguiente, es decir, desde el **08 de diciembre de 2016** hasta el **26 de julio de 2017** fecha anterior en que se efectuó el pago según certificado visible a folio 14, es el rango de tiempo dentro del cual se debe contabilizar la sanción moratoria que debe pagar el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁸ La sanción moratoria de manera particular, se encuentra desarrollada por la ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006, publicada el 31 de julio de 2006, así: "ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación. ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará 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 trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro. 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

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral.
Expediente: 1100133350172019-00016-00
Demandante: Hernán Florentino García
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag.

Como quiera que la demandante se encuentra dentro del supuesto consagrado en el parágrafo del artículo 5° de la ley 1071 de 2006, tiene derecho al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías hasta que se hizo efectivo su pago.

Prescripción. - Conforme con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁹, se ha de indicar que, de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que la mora, objeto de las pretensiones, se generó a partir del **8 de diciembre de 2016** y la reclamación se realizó el **04 de abril de 2018** (fl.15), ante la Secretaría de Educación de Cundinamarca - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Como quiera que la demandante tenía hasta el **08 de diciembre de 2019** para reclamar la sanción moratoria, en el presente caso no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción.

Salario que se debe tener en cuenta para la liquidar la sanción la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 del Honorable Consejo de Estado indicó que para las cesantías será la asignación básica que devengue el servidor público al momento de causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo y para la liquidación en los términos del artículo 134 del CST se toma en cuenta que el mes tiene 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses equivale a 360 días al año¹⁰, así:

Salario mensual	Salario diario	Fecha de inicio de la mora	Día anterior al Pago	Días en mora	Total, sanción por mora
\$1'765.732 ¹¹	58.857 ¹²	08-12-2016	26-07-2017	228 ¹³	\$13'419.563 ¹⁴

Conforme la liquidación realizada anteriormente, se tiene que el valor que debe pagar la entidad demandada por sanción mora por pago tardío de las cesantías parciales del accionante, es de **\$13'419.563**

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero Ahora bien, en torno a la solicitud de indexación, este Despacho acoge el criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, en la cual examinó la exequibilidad del parágrafo transitorio del artículo 2° de la Ley 244 de 1995, al no resultar razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no

⁹ En lo concerniente a la prescripción en sentencia del quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018), con Ponencia del H. Consejero William Hernández Gómez, la Subsección A –Sección Segunda del Consejo de Estado⁹, estableció lo siguiente“*Prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales*Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 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 accesorios 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 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, si 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 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, 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, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990”.

¹⁰ La Sentencia T-248 de 2008 menciona la sentencia del 10 de noviembre de 1982, dictada dentro del expediente No. 3524, en donde actuó como ponente el doctor Álvaro Orejuela Gómez, la cual fue reiterada en fallos del 12 de septiembre de 1996, expediente No. 9171, Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro y del 20 de noviembre de 1998, expediente No. 13310, la Sección Segunda sostuvo; “(...)Para nadie es desconocido que al servidor público, se le señala una remuneración mensual única, tomando el mes como de treinta días, independiente de que éste tenga 28 o 31. En el mismo sentido, en el campo privado, el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo contempla de manera enfática que “El salario en dinero debe pagarse por períodos iguales y vencidos, en moneda legal.” Así, si para el salario mensual se toma en cuenta el mes de 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses que componen un año equivale a 360 días al año, es lógico, indiscutible y correcto, que la misma regla deba aplicarse para las cotizaciones obligatorias de los distintos regímenes (...)”.

¹¹ Salario recibido en el año 2016, según certificación obrante en el expediente administrativo cd folio 31.

¹² Resultado de \$1'765.732/30 días

¹³ Días comprendidos entre el 08 de diciembre de 2016 hasta el 26 de julio de 2017, de 30 días del mes.

¹⁴ Resultado de: 58.857*228

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral.
Expediente: 1100133350172019-00016-00
Demandante: Hernán Florentino García
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag.

sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella¹⁵. Por tal razón este Despacho no accederá a la pretensión de indexación solicitada, siendo ésta la línea adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado:

“[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996¹⁶, la jurisprudencia del Consejo de Estado ¹⁷ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que “la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995¹⁸ [...]”

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.¹⁹

Es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.²⁰

Los intereses A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del C.P.A.C.A., a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Costas El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que “Salvo en los procesos 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”. El numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996 “(...) [L]a sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. (...)”.

¹⁶ Mediante la cual la Corte declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3.º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: “Así, el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...) En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella” (Resaltado no es del texto original).

¹⁷ Por mencionar una de tantas, se puede consultar la sentencia del 31 de enero del 2008 de la Sección Segunda, Subsección A, radicado interno 7749-05, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁸ Sentencia del 5 de agosto de 2010 de la Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 1521-2010, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “A” Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 Número Interno: 1520-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación SU-012 de 2018.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral.
Expediente: 1100133350172019-00016-00
Demandante: Hernán Florentino García
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag.

cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso²¹, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado²² ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.²³

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en razón a que en el expediente no hay prueba sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA EXISTENCIA del acto ficto o presunto configurado el 04 de julio de 2018, con ocasión a la petición presentada el día 04 de abril de 2018, al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD del acto ficto demandado, conforme con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, a pagar, en favor del señor HERNAN FLORENTINO GARCIA ESTUPIÑAN en el periodo comprendido entre el 08 de diciembre de 2016 hasta el 26 de julio de 2017, **con 228 días de mora**, que equivalen a la suma de \$ **13'419.563 pesos**, en los términos de la parte motiva de este fallo.

²¹ Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

²² Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

²³ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley" Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral.
Expediente: 1100133350172019-00016-00
Demandante: Hernán Florentino García
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag.

CUARTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El *acto* será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

SEXTO. SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

SÉPTIMO. Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada el contenido de este fallo. Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, así mismo, expídase copia de este fallo a las partes de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P. si así lo solicitan y archívese el proceso previo registro por el sistema siglo XXI

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTÁ-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación: **02127d56b1c6cf75c4cb98acdafcc777b40be1f1a31d9031f498e7d592f3cf39**
Documento generado en 14/09/2020 08:49:38 a.m.



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D.C., 14 de septiembre 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00523-00

Demandante: María Lucia Pinilla Martínez

Demandado: Ministerio de Educación Nacional - FOMAG

Tema: Reconocimiento pensional ley 812 de 2003 incompatibilidad de la pensión con el salario.

Sentencia No. 34

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación, presentados los alegatos de las partes, no evidenciando nulidad que vice lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral referente teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

1.- Solicita se declare la nulidad de la Resolución No.10607 de 17 de octubre de 2018, expedida por la secretaria de Educación Distrital mediante la cual se niega el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes de la señora MARÍA LUCIA PINILLA.

2.- A título de restablecimiento y derecho se ordene, reconozca y pague una pensión de jubilación equivalente al 75% de los salarios y las primas que devengó durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, 25 de mayo de 2013, sin exigir el retiro del cargo

3.- El cumplimiento al fallo en los términos previstos en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, los ajustes al valor, pago de intereses moratorios desde el día siguiente de la ejecutoria y condena en costas.

Hechos de la demanda.-

La señora MARIA LUCIA PINILLA MARTINEZ nació el 25 de mayo de 1958, se vinculó como docente interino del 4 de septiembre hasta el 12 de noviembre de 2001, posteriormente del 21 de abril de 2003 hasta el 27 de junio del mismo año 2003; del 14 de julio de 2003 al 12 de diciembre de 2005.

Se vinculó al FOMAG como docente provisional desde 19 de enero de 2004 hasta la fecha de la solicitud de reconocimiento pensional

Con base en la ley 812 de 2003 tendría derecho a la pensión de jubilación a los 57 años de edad con 1300 semanas de cotización, pero le exigen el retiro del cargo, situación que no es legal.

El acto demandado le exige 1300 semanas cuando en términos de la ley 71 de 1988 debe cumplir con 1000 semanas de aportes para adquirir el status pensional.

Arguye que el demandante con más de 57 años de edad y más de 1000 semanas cotizadas antes del 23 de junio de 2003 tiene derecho a la pensión por jubilación por aportes de conformidad con la ley 812 de 2003 y la ley 71 de 1988 en compatibilidad con el salario por pertenecer al régimen anterior docente.

Normas violadas y concepto de violación: artículo 7 de la ley 71 de 1988, Ley 91 de 1989 artículo 15, numerales 1 y 2, artículo 6 Ley 60 de 1993, artículo 279 Ley 100 de 1993, artículo 81 Ley 812 de 2003 y Decreto 3752 de 2003.

Señala que en términos de la ley 812, los docentes vinculados con anterioridad al año 2003 se aplican las normas anteriores a su expedición, luego si logran acreditar requisitos de disposiciones aplicables al sector público, en el caso concreto, por haber realizado aportes antes del 26 de junio de 2003, se encuentran cobijados con la transitoriedad de la ley 812 de 2003

Al estar demostrado que la demandante se encontraba vinculada antes del 23 de junio de 2003, no puede el FOMAG desconocer que hace parte del régimen de transición docente y con ello el derecho a una pensión compatible con el salario devengado en la actualidad. Soporta su posición con la sentencia dictada el 26 de febrero de 2006 con ponencia del Dr. Tarcisio Cáceres para el caso del reconocimiento de la pensión gracia con radicación No. 250002325000200252801 (3710-05)

Contestación de la demandada

Manifiesta que se opone a que prosperen las pretensiones de la demanda, en razón a que la resolución demandada fue expedida conforme a las normas en las que se deben fundar. Arguye que no es procedente el reconocimiento pensional dado que la pensión por aportes solo es aplicable a los afiliados al FOMAG con anterioridad a la vigencia de la ley 812 de 2003

Alegatos conclusivos

La parte demandante, reitera los argumentos presentados en la demanda para indicar que en el caso quedó demostrado que la demandante aportó al antiguo ISS hoy Colpensiones antes del 23 de junio de 2003, por lo que no puede desconocer hoy el Fonpremag el régimen de transición a que tiene derecho la demandante.

La parte Demandada: solicita se nieguen las pretensiones de la demanda reiterando los argumentos de la contestación resaltando que la demandante debe cumplir con los requisitos enmarcados en la Ley 797 de 2003, esto es, reunir las 1300 semanas requeridas por ese régimen para que sea reconocido su derecho a la pensión en los términos de la citada norma.

Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

El Director de Defensa Jurídica, Solicita, negar las pretensiones de liquidación de la pensión de jubilación de la actora, con la inclusión de factores salariales sobre los cuales no haya realizado el respectivo aporte o cotización, en atención a la Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida por el H. Consejo de Estado, precedente jurisprudencial, que resalta, tiene carácter obligatorio y vinculante, en el que claramente se estableció que cualquiera que sea el régimen prestacional que regule el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez, para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial, en su liquidación solamente se deben tener cuenta los factores sobre los que se realizaron los respectivos aportes o cotizaciones.

Hizo referencia, a la normatividad relacionada con la pensión de jubilación y vejez de los docentes oficiales, indicando, que son dos los regímenes aplicables según la fecha de vinculación al servicio educativo, el primero, corresponde a lo señalado en la Ley 33 de 1985, por remisión de la Ley 91 de 1989 y el segundo, al régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, resaltando, los requisitos que se deben cumplir para acceder a la pensión, cuando se trata de docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, y aquellos vinculados a partir de su vigencia, a quienes se les aplican los requisitos del régimen de prima media, esto es, la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, manifestando, que en todo caso, en cualquiera de los dos regímenes se deben incluir en la liquidación de la pensión, únicamente los factores sobre los cuales se efectuó el respectivo

aporte o cotización, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994, y que además, en armonía con el Acto Legislativo 01 de 2005, en la liquidación de las pensiones sólo se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones, y los docentes no se encuentran exceptuados de esa disposición.

Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si el demandante es beneficiado con el régimen de transición de la ley 812 de 2003 y si con ocasión a ello se le debe reconocer su pensión de jubilación en los términos de la ley 71 de 1988 compatible con el salario devengado en la actualidad como docente distrital.

Hechos probados

.- La señora MARIA LUCIA PINILLA MARTINEZ nació el 25 de mayo de 1958 (fl.3 del expediente)

.- Mediante resolución 720 del 28 de agosto de 2001, la secretaria de Educación del Distrito nombra a la demandante como docente interino tomando posesión del cargo el 4 de septiembre de 2001 hasta el 12 de noviembre del mismo año; posteriormente, mediante resolución 1286 del 30 de abril de 2003 nombra en interinidad a la demandante del 21 de abril de 2003 al 3 de junio del mismo año; por resolución 2146 del 30 de julio de 2003 nombra en interinidad al demandante del 14 de julio de 2003 al 12 de diciembre del mismo año.

Por resolución 031 del 15 de enero de 2004, el distrito nombra en provisionalidad a la demandante a partir del 19 de enero de 2004; por resolución 1638 la vuelve a nombrar a partir del 12 de julio de 2010, por resolución 1580 es nombrada a partir del 9 de julio de 2012, por resolución 1953 es nombrada a partir del 12 de enero de 2016, por resolución 881 es nombrada a partir del 10 de mayo de 2016 al 30 de junio del mismo año, ; por resolución 1612 es nombrada a partir del 6 de septiembre de 2016 al 2 de diciembre de 2016; por resolución 61 es nombrada desde el 27 de enero de 2017 hasta el 24 de febrero del mismo año; por resolución 752 es nombrada desde el 21 de abril de 2017 hasta el 5 de mayo del mismo año; por resolución 1238 es nombrada desde el 25 de julio de 2017 hasta el 9 de noviembre del mismo año folio 13

.- Resolución No.10607 de 17 de octubre de 2018, se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, (fl.24).

.- Reporte de semanas cotizadas en pensiones folio 8 en colpensiones 469 desde el 19 de abril de 1989 hasta el 31 de marzo de 2000.

En aras de resolver el sub-judice, el Despacho estima necesario precisar las premisas normativas que sustentarán la presente providencia:

Régimen jurídico aplicable al caso.

De conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, las personas vinculadas al servicio educativo, a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a la misma, se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003. Criterio que fue ratificado por el parágrafo transitorio 1 º del Acto Legislativo 001 de 2005:

«[...] Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 [...]».

Así las cosas, toda vez que en el presente asunto la demandante se vinculó al FOMAG con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, el 19 de enero de 2004, se colige que se rige por Ley 100 de 1993, razón por la que no es procedente aplicar la ley 91 de 1989 en lo referente al régimen pensional normatividad que a su vez permite la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985 y Decreto 3135 de 1968.

No obstante, considerando que la ley 100 de 1993 tiene un régimen de transición, en el caso es dable anotar que para 4 de abril de 1994 a la entrada en vigencia la ley 100 el demandante tenía 35 años, pero menos de 750 semanas cotizadas a la vigencia del acto legislativo 01 de 2005, razón por la que no sería beneficiaria del régimen de transición de ley 100 de 1993.

Teniendo en cuenta que la momento de la solicitud no reunía los requisitos legales para pensionarse en los términos de ley 812 de 2003, no obstante en el evento en que el demandante cumpliera los requisitos para ello, se presenta el segundo problema jurídico. ¿Es acaso compatible el reconocimiento pensional con el salario recibido por los servicios docentes como docente?

La compatibilidad del reconocimiento pensional con el salario por los servicios docentes

Como lo ha indicado el H. Consejo de Estado¹ los docentes al servicio de la educación del sector oficial, gozan de un régimen especial respecto del ejercicio de la profesión docente, a la administración y pago de las pensiones y de la administración y prestación del servicio médico de salud; tal como se evidencia en lo dispuesto en las Leyes 91 de 1989 y 115 de 1994², pero no de un régimen pensional especial, pues conformidad con el parágrafo transitorio 1º, del artículo 1 del Acto Legislativo de 2005,³ las Leyes 812 de 2003, 91 de 1989⁴ y 115 de 1994, en ese aspecto se rige por las normas generales consagradas en las leyes tales como el Decreto Ley 3135 de 1968, los Decretos 1848 de 1969, 1045 de 1978, Ley 33 de 1985 y finalmente por la le Ley 100 de 1993.

El legislador ha dotado al personal docente al servicio de entidades oficiales de algunos beneficios especiales, entre estos: a) la pensión gracia prevista en leyes 114 de 1993, 116 de 1928 y 37 de 1933, b) disfrutar simultáneamente de pensión gracia y pensión de ordinaria de jubilación⁵ c) compatibilidad de éstas con el salario recibido por los servicios docentes que pueden continuar prestando hasta la edad de retiro forzoso⁶, d) Antes de la Constitución de 1991 y Ley 4 de 1992⁷, doble vinculación no de tiempo completo; empero, esos privilegios no se extienden a que los docentes estén facultados para percibir simultáneamente dos pensiones ordinarias de jubilación a cargo del tesoro público, pues ninguna norma del ordenamiento jurídico lo prevé ese beneficio.

¹ Sentencia del 30 de marzo de 2017 Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B C.P. Cesar Palomino Cortes Proceso con radiación **50001-23-31-000-2010-00085-01(4375-13) actor Ana Cecilia Tovar Lizarazo**

² Ley 115 de 1994. Artículo 115. Régimen especial de los educadores estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley.

³ Parágrafo 1 transitorio Acto Legislativo 01 de 2005 "El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta."

⁴ Ley 91 de 1989. Artículo 2 numeral 5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975".

⁵ Artículo 15-2 Ley 91 de 1989.- Pensiones:

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

⁶ 1º del Decreto Legislativo 2285 de 1955, Decreto Ley 244 de 1972, artículo 5º; Ley 4 de 1992 artículo 19 literal g.

⁷ Decreto 1713 de 1960-

Ahora bien, el artículo 128 de la Constitución Política, consagró la prohibición de desempeñar más de un empleo público y percibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado así:

"(...) Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en la que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas (...)"

Dentro de esta limitación, se encuentra no solo percibir más de una asignación proveniente de diferentes empleos públicos, sino otras remuneraciones que provengan de la misma fuente, como lo son las pensiones.

Este precepto constitucional, fue desarrollado por el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992³, en el que se dispuso:

"Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

a. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;
(...)

g. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados."

Por su parte, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993⁴ excluyó de su aplicación a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, y en el artículo 15, señala:

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

A su vez, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló:

"(...) El régimen prestacional y aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las **prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones**. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial (...)"

Conforme con lo anterior, el goce de la pensión de jubilación no es incompatible con el ejercicio de empleos docentes, es decir, permite a los docentes percibir la pensión de jubilación y el salario simultáneamente.

El Consejo de Estado ha reiterado que a los docentes le está permitido percibir simultáneamente pensión de jubilación, de gracia y, el salario por los servicios que puedan prestar; sin embargo, resulta improcedente el reconocimiento de dos pensiones ordinarias de jubilación, toda vez que no existe norma que lo autorice. Así se estableció en la sentencia del 3 de mayo de 2001 con ponencia de la doctora Ana Margarita Olaya Forero, dentro del expediente No. 2841 - 2000:

"(...) Reiteradamente esta Corporación ha, expresado que es improcedente reconocer dos pensiones ordinarias de jubilación, así la preceptiva jurídica aplicable a los docentes permita a éstos percibir simultáneamente pensión de jubilación y el sueldo por los servicios docentes que pueden seguir prestando. Así, en la sentencia del 10 de abril de 1997, Actora: Eunice Arias de Arias, Exp. No. 12.776, Consejera Ponente Dra. Dolly Pedraza de Arenas, luego de determinar que la pensión cuyo reconocimiento requería la demandante era la pensión ordinaria de jubilación, puntualizó que la misma podría ser compatible con otras pensiones, por ejemplo, con la pensión gracia del orden nacional pero no con otra pensión ordinaria de jubilación. Se tiene entonces, que ni las normas a que se ha hecho referencia ni ninguna otra disposición superior, establece la compatibilidad de la percepción de la pensión gracia con dos pensiones ordinarias de jubilación, o la compatibilidad de percibir dos pensiones ordinarias de jubilación, categoría que se reitera, tendría la pensión cuyo reconocimiento reclama la demandante (...)."

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003 estableció que, a partir de la entrada en vigencia, las personas vinculadas al servicio educativo se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media dispuesto en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Sin embargo, los docentes vinculados con anterioridad a la misma, se les aplica la normatividad anterior, criterio que fue ratificado por el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 2005, que dispuso:

"(...) **PARÁGRAFO TRANSITORIO 1.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 (...)."

CASO CONCRETO.

De los hechos probados o se advierte que el demandante se vinculó el 21 de abril de 2003 hasta el 27 de junio de 2003 en interinidad y, posteriormente, se volvió a vincular en interinidad el 14 de julio de 2003, esto es, 16 días después hasta 12 de diciembre de 2003 y, nuevamente se vinculó en interinidad el 19 de enero de 2004 esto es, 37 días después, razón por la cual el despacho no evidencia solución de continuidad en este periodo de tiempo laborado.

A partir del 19 de enero de 2004 al ser nombrado en provisionalidad se evidencia su vinculación con solución de continuidad en la prestación del servicio, razón por la que consideramos su vinculación posterior a la vigencia de la ley 812 de 2003 no siendo beneficiado de las disposiciones contenidas en la Ley 91 de 1989.

Por esta razón tampoco le estaría permitido percibir simultáneamente pensión de jubilación y, el salario por los servicios que pueda prestar dado que no hay norma que lo autorice.

En efecto, si la vinculación al servicio se registró con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 el régimen aplicable es el vigente con anterioridad a esa fecha si, por el contrario, la

vinculación se registró con posterioridad, no hay duda que el régimen aplicable será el general en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, con excepción de la edad pensional que será de 57 años para hombres y mujeres.

Teniendo en cuenta que la pensión de jubilación y salario son excluyentes entre sí, pues si se opta por la pensión ello implica la incompatibilidad e imposibilidad de acceder a la otra, aunado, se advierte que no existe norma que consagre la compatibilidad entre la pensión y el salario por el contrario, como ya se anotó, existe una norma constitucional que lo prohíbe toda vez que devienen de una misma relación laboral.

En este punto, debe precisarse que cuando la Ley 812 de 2003 hace alusión al régimen anterior, señala a los docentes vinculados al FOMAG antes de la entrada en vigencia de la citada norma, no los aportes efectuados con anterioridad al 2003 al sistema general de la seguridad social, como es el caso analizado, aunado a la no solución de continuidad en los nombramientos efectuados en interinidad como se indicó con anterioridad.

Costas. La Ley 1437 de 2011 en el artículo 188, estableció que *“Salvo en los procesos 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”*.

En este caso, no se condenará en costas al demandante teniendo en cuenta que no se ha probado en esta instancia las agencias en derecho además de no evidenciar una actuación temeraria con ocasión al cambio jurisprudencial del H. Consejo de Estado

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. -Negar las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo

SEGUNDO . - SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

TERCERO.- En firme esta sentencia, y se ordena el **ARCHIVO** de las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTÁ-CUNDINAMARCA

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2018-00523
Demandante: María Lucia Pinilla Martínez
Demandado: Ministerio de Educación - FOMAG

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

Código de verificación: **12f829c07f06f69c923748a425fe2e0414c59cb814da131031febde527d90877**
Documento generado en 14/09/2020 05:01:06 p.m.



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D.C., catorce de septiembre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00522-00

Demandante: Eduardo Guillermo Narváez Erazo

Demandado: Ministerio de Educación Nacional - FOMAG

Tema: reconocimiento pensional ley 812 de 2003 incompatibilidad entre la pensión y el salario.

Sentencia No. 33

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación, presentados os alegatos de las partes, no evidenciando nulidad que vice lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral referente teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

1.- Solicita se declare la nulidad de la Resolución No.10617 de 17 de octubre de 2018, expedida por la secretaria de Educación Distrital mediante la cual se niega el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes al señor EDUARDO GUILLERMO NARVAEZ.

2.- A título de restablecimiento y derecho se ordene, reconozca y pague una pensión de jubilación equivalente al 75% de los salarios y las primas que devengó durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, 03 de diciembre de 2013, sin exigir el retiro del cargo

3.- El cumplimiento al fallo en los términos previstos en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, los ajustes al valor, pago de intereses moratorios desde el día siguiente de la ejecutoria y condena en costas.

Hechos de la demanda.-

El señor EDUARDO GUILLERMO NARVAEZ nació el 12 de marzo de 1958, se vinculó como docente el 13 de abril de 2004 y en la actualidad se desempeña como docente.

Con base en la ley 812 de 2003 tendría derecho a la pensión de jubilación a los 57 años de edad con 1300 semanas de cotización, pero le exigen el retiro del cargo, situación que no es legal.

El acto demandado le exige 1300 semanas cuando en términos de la ley 71 de 1988 debe cumplir con 1000 semanas de aportes para adquirir el status pensional.

Arguye que el demandante con más de 60 años de edad y más de 1000 semanas cotizadas antes del 23 de junio de 2003 tiene derecho a la pensión por jubilación por aportes de conformidad con la ley 812 de 2003 y la ley 71 de 1988 en compatibilidad con el salario por pertenecer al régimen anterior docente.

Normas violadas y concepto de violación: artículo 7 de la ley 71 de 1988, Ley 91 de 1989 artículo 15, numerales 1y 2, artículo 6 Ley 60 de 1993, artículo 279 Ley 100 de 1993, artículo 81 Ley 812 de 2003 y Decreto 3752 de 2003.

Señala que en términos de la ley 812, los docentes vinculados con anterioridad al año 2003 se aplican las normas anteriores a su expedición, luego si logran acreditar requisitos de disposiciones aplicables al sector público, en el caso concreto, por haber realizado aportes antes del 26 de junio de 2003, se encuentran cobijados con la transitoriedad de la ley 812 de 2003

Al estar demostrado que la demandante se encontraba vinculada antes del 23 de junio de 2003, no puede el FOMAG desconocer que hace parte del régimen de transición docente y con ello el derecho a una pensión compatible con el salario devengado en la actualidad. Soporta su posición con la sentencia dictada el 26 de febrero de 2006 con ponencia del Dr. Tarcisio Cáceres para el caso del reconocimiento de la pensión gracia con radicación No. 250002325000200252801 (3710-05)

Contestación de la demandada

Manifiesta que se opone a que prosperen las pretensiones de la demanda, en razón a que la resolución demandada fue expedida conforme a las normas en las que se deben fundar. Arguye que no es procedente el reconocimiento pensional dado que la pensión por aportes solo es aplicable a los afiliados al FOMAG con anterioridad a la vigencia de la ley 812 de 2003

Alegatos conclusivos

La parte demandante, reitera los argumentos presentados en la demanda para indicar que en el caso quedó demostrado que la demandante aportó al antiguo ISS hoy Colpensiones antes del 23 de junio de 2003, por lo que no puede desconocer hoy el Fonpremag el régimen de transición a que tiene derecho la demandante.

La parte Demandada: solicita se nieguen las pretensiones de la demanda reiterando los argumentos de la contestación resaltando que la demandante debe cumplir con los requisitos enmarcados en la Ley 797 de 2003, esto es, reunir las 1300 semanas requeridas por ese régimen para que sea reconocido su derecho a la pensión en los términos de la citada norma.

Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

El Director de Defensa Jurídica, Solicita, negar las pretensiones de liquidación de la pensión de jubilación de la actora, con la inclusión de factores salariales sobre los cuales no haya realizado el respectivo aporte o cotización, en atención a la Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida por el H. Consejo de Estado, precedente jurisprudencial, que resalta, tiene carácter obligatorio y vinculante, en el que claramente se estableció que cualquiera que sea el régimen prestacional que regule el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez, para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial, en su liquidación solamente se deben tener cuenta los factores sobre los que se realizaron los respectivos aportes o cotizaciones.

Hizo referencia, a la normatividad relacionada con la pensión de jubilación y vejez de los docentes oficiales, indicando, que son dos los regímenes aplicables según la fecha de vinculación al servicio educativo, el primero, corresponde a lo señalado en la Ley 33 de 1985, por remisión de la Ley 91 de 1989 y el segundo, al régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, resaltando, los requisitos que se deben cumplir para acceder a la pensión, cuando se trata de docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, y aquellos vinculados a partir de su vigencia, a quienes se les aplican los requisitos del régimen de prima media, esto es, la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, manifestando, que en todo caso, en cualquiera de los dos regímenes se deben incluir en la liquidación de la pensión, únicamente los factores sobre los cuales se efectuó el respectivo aporte o cotización, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994, y que además, en armonía con el Acto Legislativo 01 de 2005, en la liquidación de las pensiones sólo

se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones, y los docentes no se encuentran exceptuados de esa disposición.

Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si el demandante es beneficiado con el régimen de transición de la ley 812 de 2003 y si con ocasión a ello se le debe reconocer su pensión de jubilación en los términos de la ley 71 de 1988 compatible con el salario devengado en la actualidad como docente distrital.

Hechos probados

.- El señor Eduardo Guillermo Narvaez, nació el 12 de marzo l de 1958 (fl.57 del expediente)

.- Mediante resolución 373 del 11 de febrero de 2004 (folio 35 del expediente), la secretaria de Educación del Distrito nombra al docente en provisionalidad, tomando posesión el 13 de abril de 2004, posteriormente, mediante resolución 137 del 16 de enero es retirado del servicio a partir del 19 de enero de 2007

.- por resolución 5466 del 1 de diciembre de 2006 es nombrado en periodo de prueba por la secretaria de educación del distrito, tomando posesión del cargo el 19 de enero de 2007, posteriormente a través de la resolución 30 48 del 21 de diciembre de 2012 es nombrado en propiedad folio 35

.- Resolución No.10617 de 17 de octubre de 2018, mediante la cual se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, (fl.17-18).

.- Reporte de semanas cotizadas en pensiones folio 29 expediente pensional desde el 2 de junio de 1990 hasta el 30 de junio de 2004 en Colpensiones.

En aras de resolver el sub-judice, el Despacho estima necesario precisar las premisas normativas que sustentarán la presente providencia:

Régimen jurídico aplicable al caso.

De conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, las personas vinculadas al servicio educativo, a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a la misma, se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003. Criterio que fue ratificado por el parágrafo transitorio 1 ° del Acto Legislativo 001 de 2005:

«[...] Parágrafo transitorio 1°. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 [...]».

Así las cosas, toda vez que en el presente asunto la demandante se vinculó al servicio docente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, el 11 de febrero de 2004, se colige que se rige por Ley 100 de 1993, razón por la que no es procedente aplicar la ley 91 de 1989 en lo referente al régimen pensional normatividad que a su vez permite la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985 y Decreto 3135 de 1968.

No obstante, considerando que la ley 100 de 1993 tiene un régimen de transición, en el caso es dable anotar que para 4 de abril de 1994 a la entrada en vigencia la ley 100 el demandante tenía 36 años de edad y 5,58 años de cotización razón por la que no es beneficiario del régimen de transición de ley 100

de 1993, pero si le es aplicable la ley 100 de 1993, por vincularse como docente a partir de 13 de abril de 2004.

Teniendo en cuenta que la solicitud no reunía los requisitos legales para pensionarse en los términos de ley 812 de 2003, no obstante en el evento en que el demandante cumpliera los requisitos para ello, se presenta el segundo problema jurídico. ¿Es acaso compatible el reconocimiento pensional con el salario recibido por los servicios docentes como docente?

La compatibilidad del reconocimiento pensional con el salario por los servicios docentes

Como lo ha indicado el H. Consejo de Estado¹ los docentes al servicio de la educación del sector oficial, gozan de un régimen especial respecto del ejercicio de la profesión docente, a la administración y pago de las pensiones y de la administración y prestación del servicio médico de salud; tal como se evidencia en lo dispuesto en las Leyes 91 de 1989 y 115 de 1994², pero no de un régimen pensional especial, pues conformidad con el parágrafo transitorio 1º, del artículo 1 del Acto Legislativo de 2005,³ las Leyes 812 de 2003, 91 de 1989⁴ y 115 de 1994, en ese aspecto se rige por las normas generales consagradas en las leyes tales como el Decreto Ley 3135 de 1968, los Decretos 1848 de 1969, 1045 de 1978, Ley 33 de 1985 y finalmente por la le Ley 100 de 1993.

El legislador ha dotado al personal docente al servicio de entidades oficiales de algunos beneficios especiales, entre estos: a) la pensión gracia prevista en leyes 114 de 1993, 116 de 1928 y 37 de 1933, b) disfrutar simultáneamente de pensión gracia y pensión de ordinaria de jubilación⁵ c) compatibilidad de éstas con el salario recibido por los servicios docentes que pueden continuar prestando hasta la edad de retiro forzoso⁶, d) Antes de la Constitución de 1991 y Ley 4 de 1992⁷, doble vinculación no de tiempo completo; empero, esos privilegios no se extienden a que los docentes estén facultados para percibir simultáneamente dos pensiones ordinarias de jubilación a cargo del tesoro público, pues ninguna norma del ordenamiento jurídico lo prevé ese beneficio.

Ahora bien, el artículo 128 de la Constitución Política, consagró la prohibición de desempeñar más de un empleo público y percibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado así:

"(...) Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en la que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas (...)"

¹ Sentencia del 30 de marzo de 2017 Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B C.P. Cesar Palomino Cortes Proceso con radiación **50001-23-31-000-2010-00085-01(4375-13) actor Ana Cecilia Tovar Lizarazo**

² Ley 115 de 1994. Artículo 115. Régimen especial de los educadores estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley.

³ Parágrafo 1 transitorio Acto Legislativo 01 de 2005 "El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta."

⁴ Ley 91 de 1989. Artículo 2 numeral 5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975".

⁵ Artículo 15-2 Ley 91 de 1989.- Pensiones:

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

⁶ 1º del Decreto Legislativo 2285 de 1955, Decreto Ley 244 de 1972, artículo 5º; Ley 4 de 1992 artículo 19 literal g.

⁷ Decreto 1713 de 1960-

Dentro de esta limitación, se encuentra no solo percibir más de una asignación proveniente de diferentes empleos públicos, sino otras remuneraciones que provengan de la misma fuente, como lo son las pensiones.

Este precepto constitucional, fue desarrollado por el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992³, en el que se dispuso:

"Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parle mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

a. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;

(...)

g. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados."

Por su parte, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993⁴ excluyó de su aplicación a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, y en el artículo 15, señala:

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

A su vez, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló:

"(...) El régimen prestacional y aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las **prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones**. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial (...)."

Conforme con lo anterior, el goce de la pensión de jubilación no es incompatible con el ejercicio de empleos docentes, es decir, permite a los docentes percibir la pensión de jubilación y el salario simultáneamente.

El Consejo de Estado ha reiterado que a los docentes le está permitido percibir simultáneamente pensión de jubilación, de gracia y, el salario por los servicios que puedan prestar; sin embargo, resulta improcedente el reconocimiento de dos pensiones ordinarias de jubilación, toda vez que no existe norma que lo autorice. Así se estableció en la sentencia del 3 de mayo de 2001 con ponencia de la doctora Ana Margarita Olaya Forero, dentro del expediente No. 2841 - 2000:

"(...) Reiteradamente esta Corporación ha, expresado que es improcedente reconocer dos pensiones ordinarias de jubilación, así la preceptiva jurídica aplicable a los docentes permita a éstos percibir

simultáneamente pensión de jubilación y el sueldo por los servicios docentes que pueden seguir prestando. Así, en la sentencia del 10 de abril de 1997, Actora: Eunice Arias de Arias, Exp. No. 12.776, Consejera Ponente Dra. Dolly Pedraza de Arenas, luego de determinar que la pensión cuyo reconocimiento requería la demandante era la pensión ordinaria de jubilación, puntualizó que la misma podría ser compatible con otras pensiones, por ejemplo, con la pensión gracia del orden nacional pero no con otra pensión ordinaria de jubilación. Se tiene entonces, que ni las normas a que se ha hecho referencia ni ninguna otra disposición superior, establece la compatibilidad de la percepción de la pensión gracia con dos pensiones ordinarias de jubilación, o la compatibilidad de percibir dos pensiones ordinarias de jubilación, categoría que se reitera, tendría la pensión cuyo reconocimiento reclama la demandante (...)."

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003 estableció que, a partir de la entrada en vigencia, las personas vinculadas al servicio educativo se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media dispuesto en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Sin embargo, los docentes vinculados con anterioridad a la misma, se les aplica la normatividad anterior, criterio que fue ratificado por el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 2005, que dispuso:

"(...) **PARÁGRAFO TRANSITORIO 1.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 (...)."

CASO CONCRETO.

De los hechos probados a lo largo del proceso se advierte que el demandante se encuentra vinculado al servicio docente a partir del 13 de abril de 2004, esto es, con posterioridad a la ley 812 de 2003 razón por la que sus pretensiones serán negadas dado que no se rige por las disposiciones contenidas en la ley 91 de 1989.

Por esta razón tampoco le está permitido percibir simultáneamente pensión de jubilación y, el salario por los servicios que pueda prestar dado que no hay norma que lo autorice.

En efecto, si la vinculación al servicio se registró con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 el régimen aplicable es el vigente con anterioridad a esa fecha si, por el contrario, la vinculación se registró con posterioridad, no hay duda que el régimen aplicable será el general en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, con excepción de la edad pensional que será de 57 años para hombres y mujeres.

Teniendo en cuenta que la pensión de jubilación y salario son excluyentes entre sí, pues si se opta por la pensión ello implica la incompatibilidad e imposibilidad de acceder a la otra, aunado, se advierte que no existe norma que consagre la compatibilidad entre la pensión y el salario por el contrario, como ya se anotó, existe una norma constitucional que lo prohíbe toda vez que devienen de una misma relación laboral.

En este punto, debe precisarse que cuando la Ley 812 de 2003 hace alusión al régimen anterior, señala a los docentes vinculados al FOMAG antes de la entrada en vigencia de la citada norma, no los aportes efectuados con anterioridad al 2003 al sistema general de la seguridad social, como es el caso analizado, la aplicación del régimen especial surge con la posesión en el cargo como docente Distrital y a partir de ese momento su incorporación al régimen especial.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2018-00522
Demandante: Eduardo Guillermo Narváez
Demandado: Ministerio de Educación - FOMAG

Costas. La Ley 1437 de 2011 en el artículo 188, estableció que *“Salvo en los procesos 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”*.

En este caso, no se condenará en costas al demandante teniendo en cuenta que no se ha probado en esta instancia las agencias en derecho además de no evidenciar una actuación temeraria con ocasión al cambio jurisprudencial del H. Consejo de Estado

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. -Negar las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo

SEGUNDO . - SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

TERCERO.- En firme esta sentencia, y se ordena el **ARCHIVO** de las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación: **a0f32a26c58643420fd8591db875ad13b45a906528f43f6bd854499907fdc2db**
Documento generado en 14/09/2020 05:01:04 p.m.



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral No.110013335-017-2018-00521-00

Demandante: Ana Ruth Tovar Burgos

Demandado: Ministerio de Educación Nacional - FOMAG

Tema: Reconocimiento pensional ley 812 de 2003 incompatibilidad pensional con la asignación salarial

Sentencia No. 32

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación, presentados los alegatos de las partes, no evidenciando nulidad que vice lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral referente teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

1.- Solicita se declare la nulidad de la Resolución No.10606 de 17 de octubre de 2018, expedida por la secretaria de Educación Distrital mediante la cual se niega el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes a la señora ANA RUTH TOVAR BURGOS

2.- A título de restablecimiento y derecho se ordene, reconozca y pague una pensión de jubilación equivalente al 75% de los salarios y las primas que devengó durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, 17 de abril de 2013, sin exigir el retiro del cargo.

3.- El cumplimiento al fallo en los términos previstos en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, los ajustes al valor, pago de intereses moratorios desde el día siguiente de la ejecutoria y condena en costas.

Hechos de la demanda.-

La señora ANA RUTH TOVAR BURGOS nació el 17 de abril de 1958, se vinculó como docente el 7 de diciembre de 2010 y en la actualidad se desempeña como docente.

Con base en la ley 812 de 2003 tendría derecho a la pensión de jubilación a los 57 años de edad con 1300 semanas de cotización, pero se le exigen el retiro del cargo, situación que no es legal.

El acto demandado le exige 1300 semanas cuando en términos de la ley 71 de 1988 debe cumplir con 1000 semanas de aportes para adquirir el status pensional.

Arguye que la demandante con mas de 55 años de edad y mas de 1000 semanas cotizadas antes del 23 de junio de 2003 tiene derecho a la pensión por jubilación por aportes de conformidad con la ley 812 de 2003 y la ley 71 de 1988 en compatibilidad con el salario por pertenecer al régimen anterior docente.

Normas violadas y concepto de violación: artículo 7 de la ley 71 de 1988, Ley 91 de 1989 artículo 15, numerales 1y 2, artículo 6 Ley 60 de 1993, artículo 279 Ley 100 de 1993, artículo 81 Ley 812 de 2003 y Decreto 3752 de 2003.

Señala que en términos de la ley 812, los docentes vinculados con anterioridad al año 2003 se aplican las normas anteriores a su expedición, luego si logran acreditar requisitos de disposiciones aplicables al sector público, en el caso concreto, por haber realizado aportes antes del 26 de junio de 2003, se encuentran cobijados con la transitoriedad de la ley 812 de 2003

Al estar demostrado que la demandante se encontraba vinculada antes del 23 de junio de 2003, no puede el FOMAG desconocer que hace parte del régimen de transición docente y con ello el derecho a una pensión compatible con el salario devengado en la actualidad. Soporta su posición con la sentencia dictada el 26 de febrero de 2006 con ponencia del Dr. Tarcisio Cáceres para el caso del reconocimiento de la pensión gracia con radicación No. 250002325000200252801 (3710-05)

Contestación de la demandada

Manifiesta que se opone a que prosperen las pretensiones de la demanda, en razón a que la resolución demandada fue expedida conforme a las normas en las que se deben fundar. Arguye que no es procedente el reconocimiento pensional dado que la pensión por aportes solo es aplicable a los afiliados al FOMAG con anterioridad a la vigencia de la ley 812 de 2003

Alegatos conclusivos

La parte demandante, reitera los argumentos presentados en la demanda para indicar que en el caso quedó demostrado que la demandante aportó al antiguo ISS hoy Colpensiones antes del 23 de junio de 2003, por lo que no puede desconocer hoy el Fonpremag el régimen de transición a que tiene derecho la demandante.

La parte Demandada: solicita se nieguen las pretensiones de la demanda reiterando los argumentos de la contestación resaltando que la demandante debe cumplir con los requisitos enmarcados en la Ley 797 de 2003, esto es, reunir las 1300 semanas requeridas por ese régimen para que sea reconocido su derecho a la pensión en los términos de la citada norma.

Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

El Director de Defensa Jurídica, Solicita, negar las pretensiones de liquidación de la pensión de jubilación de la actora, con la inclusión de factores salariales sobre los cuales no haya realizado el respectivo aporte o cotización, en atención a la Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida por el H. Consejo de Estado, precedente jurisprudencial, que resalta, tiene carácter obligatorio y vinculante, en el que claramente se estableció que cualquiera que sea el régimen prestacional que regule el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez, para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial, en su liquidación solamente se deben tener cuenta los factores sobre los que se realizaron los respectivos aportes o cotizaciones.

Hizo referencia, a la normatividad relacionada con la pensión de jubilación y vejez de los docentes oficiales, indicando, que son dos los regímenes aplicables según la fecha de vinculación al servicio educativo, el primero, corresponde a lo señalado en la Ley 33 de 1985, por remisión de la Ley 91 de 1989 y el segundo, al régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, resaltando, los requisitos que se deben cumplir para acceder a la pensión, cuando se trata de docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, y aquellos vinculados a partir de su vigencia, a quienes se les aplican los requisitos del régimen de prima media, esto es, la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, manifestando, que en todo caso, en cualquiera de los dos regímenes se deben incluir en la liquidación de la pensión, únicamente los factores sobre los cuales se efectuó el respectivo

aporte o cotización, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994, y que además, en armonía con el Acto Legislativo 01 de 2005, en la liquidación de las pensiones sólo se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones, y los docentes no se encuentran exceptuados de esa disposición.

Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si la demandante es beneficiada del régimen de transición de la ley 812 de 2003 y si con ocasión a ello se le debe reconocer su pensión de jubilación en los términos de la ley 71 de 1988 compatible con el salario devengado en la actualidad como docente distrital.

Hechos probados

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos:

- La señora Ana Ruth Tovar Burgos, nació el 17 de abril de 1958 (fl.53 del expediente administrativo)
- Mediante resolución 1411 del 9 de junio de 2010 (folio 147 del expediente administrativo), la secretaria de Educación del Distrito nombra a la docente Ana Ruth Tovar en periodo de prueba, tomando posesión el 12 de julio de 2010 folio 16 expediente pensional, posteriormente, mediante resolución 592 del 28 de febrero de 2011, es nombrada en propiedad folio 150 hoja de vida del expediente administrativo
- Resolución No.10606 de 17 de octubre de 2018, mediante la cual se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, (fl.17-18).
- Reporte de semanas cotizadas en pensiones folio 18 expediente pensional desde el 3 de febrero de 1983 en Colpensiones.
- Solicitud de reconocimiento pensional el 13 de septiembre de 2018 folio 46 expediente pensional

Régimen jurídico aplicable al caso.

De conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, las personas vinculadas al servicio educativo, a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a la misma, se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003. Criterio que fue ratificado por el parágrafo transitorio 1 ° del Acto Legislativo 001 de 2005:

«[...] Parágrafo transitorio 1°. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 [...]».

Así las cosas, toda vez que en el presente asunto la demandante se vinculó al servicio docente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, el 12 de julio de 2010, se colige que se rige por Ley 100 de 1993, razón por la que no es procedente aplicar la ley 91 de 1989 en lo referente al régimen pensional normatividad que a su vez permite la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985 y Decreto 3135 de 1968.

No obstante, considerando que la ley 100 de 1993 tiene un régimen de transición, en el caso es dable anotar que para 4 de abril de 1994 a la entrada en vigencia la ley 100 la demandante tenía más de 35 años y más de 750 semanas cotizadas a la vigencia del acto legislativo 01 de 2005, razón por la que es beneficiaria del régimen de transición de ley 100 de 1993.

Con base en Sentencia de Unificación 143 del 28 de agosto de 2018¹ de la Sala Plena del Consejo de Estado, en virtud de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en materia de seguridad social, la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 1º y 48 constitucional modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005 del régimen de transición de la ley 100 de 1993 permite que la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto y el monto de la misma, sean las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994), tuvieran la edad de treinta y cinco (35) años en el caso de las mujeres; o cuarenta años (40) o más en el caso de los hombres; o que, indistintamente, tuvieran quince (15) o más años de servicios y, las demás condiciones y requisitos aplicables para obtener tal derecho son los contenidos con las disposiciones de la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

De esta manera, la demandante como quiera que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), tenía más de 35 años de edad se debe tener en cuenta la edad, el tiempo de servicio y el monto de la Ley 71 de 1988 y, el ingreso base de liquidación del artículo 36 de la ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, pues con el régimen de transición consagrado en la citada ley el legislador no quiso mantener la aplicación en su totalidad de la normativa que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella.

La compatibilidad del reconocimiento pensional con la prestación de sus servicios laborales simultáneamente como docente

Como lo ha indicado el H. Consejo de Estado¹ los docentes al servicio de la educación del sector oficial, gozan de un régimen especial respecto del ejercicio de la profesión docente, a la administración y pago de las pensiones y de la administración y prestación del servicio médico de salud; tal como se evidencia en lo dispuesto en las Leyes 91 de 1989 y 115 de 1994², pero no de un régimen pensional especial, pues conformidad con el parágrafo transitorio 1º, del artículo 1 del Acto Legislativo de 2005,³ las Leyes 812 de 2003, 91 de 1989⁴ y 115 de 1994, en ese aspecto se rige por las normas generales consagradas en las leyes tales como el Decreto Ley 3135 de 1968, los Decretos 1848 de 1969, 1045 de 1978, Ley 33 de 1985 y finalmente por la Ley 100 de 1993.

¹ Sentencia del 30 de marzo de 2017 Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B C.P. Cesar Palomino Cortes Proceso con radicación **50001-23-31-000-2010-00085-01(4375-13) actor Ana Cecilia Tovar Lizarazo**

² Ley 115 de 1994. Artículo 115. Régimen especial de los educadores estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley.

³ Parágrafo 1 transitorio Acto Legislativo 01 de 2005 "El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta."

⁴ Ley 91 de 1989. Artículo 2 numeral 5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975".

El legislador ha dotado al personal docente al servicio de entidades oficiales de algunos beneficios especiales, entre estos: a) la pensión gracia prevista en leyes 114 de 1993, 116 de 1928 y 37 de 1933, b) disfrutar simultáneamente de pensión gracia y pensión de ordinaria de jubilación⁵ c) compatibilidad de éstas con el salario recibido por los servicios docentes que pueden continuar prestando hasta la edad de retiro forzoso⁶, d) Antes de la Constitución de 1991 y Ley 4 de 1992⁷, doble vinculación no de tiempo completo; empero, esos privilegios no se extienden a que los docentes estén facultados para percibir simultáneamente dos pensiones ordinarias de jubilación a cargo del tesoro público, pues ninguna norma del ordenamiento jurídico lo prevé ese beneficio.

Ahora bien, el artículo 128 de la Constitución Política, consagró la prohibición de desempeñar más de un empleo público y percibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado así:

"(...) Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en la que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas (...)"

Dentro de esta limitación, se encuentra no solo percibir más de una asignación proveniente de diferentes empleos públicos, sino otras remuneraciones que provengan de la misma fuente, como lo son las pensiones.

Este precepto constitucional, fue desarrollado por el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992³, en el que se dispuso:

"Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

a. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;

(...)

g. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados."

Por su parte, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993⁴ excluyó de su aplicación a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, y en el artículo 15, señala:

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

⁵ Artículo 15-2 Ley 91 de 1989.- Pensiones:

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

⁶ 1º del Decreto Legislativo 2285 de 1955, Decreto Ley 244 de 1972, artículo 5º; Ley 4 de 1992 artículo 19 literal g.

⁷ Decreto 1713 de 1960-

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

A su vez, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló:

"(...) El régimen prestacional y aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las **prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones**. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial (...)."

Conforme con lo anterior, el goce de la pensión de jubilación no es incompatible con el ejercicio de empleos docentes, es decir, permite a los docentes percibir la pensión de jubilación y el salario simultáneamente.

El Consejo de Estado ha reiterado que a los docentes le está permitido percibir simultáneamente pensión de jubilación, de gracia y, el salario por los servicios que puedan prestar; sin embargo, resulta improcedente el reconocimiento de dos pensiones ordinarias de jubilación, toda vez que no existe norma que lo autorice. Así se estableció en la sentencia del 3 de mayo de 2001 con ponencia de la doctora Ana Margarita Olaya Forero, dentro del expediente No. 2841 - 2000:

"(...) Reiteradamente esta Corporación ha, expresado que es improcedente reconocer dos pensiones ordinarias de jubilación, así la preceptiva jurídica aplicable a los docentes permita a éstos percibir simultáneamente pensión de jubilación y el sueldo por los servicios docentes que pueden seguir prestando. Así, en la sentencia del 10 de abril de 1997, Actora: Eunice Arias de Arias, Exp. No. 12.776, Consejera Ponente Dra. Dolly Pedraza de Arenas, luego de determinar que la pensión cuyo reconocimiento requería la demandante era la pensión ordinaria de jubilación, puntualizó que la misma podría ser compatible con otras pensiones, por ejemplo, con la pensión gracia del orden nacional pero no con otra pensión ordinaria de jubilación. Se tiene entonces, que ni las normas a que se ha hecho referencia ni ninguna otra disposición superior, establece la compatibilidad de la percepción de la pensión gracia con dos pensiones ordinarias de jubilación, o la compatibilidad de percibir dos pensiones ordinarias de jubilación, categoría que se reitera, tendría la pensión cuyo reconocimiento reclama la demandante (...)."

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003 estableció que, a partir de la entrada en vigencia, las personas vinculadas al servicio educativo se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media dispuesto en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Sin embargo, los docentes vinculados con anterioridad a la misma, se les aplica la normatividad anterior, criterio que fue ratificado por el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 2005, que dispuso:

"(...) **PARÁGRAFO TRANSITORIO 1.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 (...)."

CASO CONCRETO.

De los hechos probados a lo largo del proceso se advierte que la demandante se encuentra vinculada al servicio docente a partir del 12 de julio de 2010, esto es, con posterioridad a la ley 812 de 2003 razón por la que sus pretensiones serán negadas dado que no se rige por las disposiciones contenidas en la ley 91 de 1989.

Por esta razón no le está permitido percibir simultáneamente pensión de jubilación y, el salario por los servicios que puedan prestar dado que no hay norma que lo autorice.

En efecto, si la vinculación al servicio se registró con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 el régimen aplicable es el vigente con anterioridad a esa fecha si, por el contrario, la vinculación se registró con posterioridad, no hay duda que el régimen aplicable será el general en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 con excepción de la edad pensional que será de 57 años para hombres y mujeres.

Teniendo en cuenta que la pensión de jubilación y salario son excluyentes entre sí, pues si se opta por la pensión ello implica la incompatibilidad e imposibilidad de acceder a la otra, aunado, se advierte que no existe norma que consagre la compatibilidad entre la pensión y el salario por el contrario, como ya se anotó, existe una norma constitucional que lo prohíbe toda vez que devienen de una misma relación laboral.

En este punto, debe precisarse que cuando la Ley 812 de 2003 hace alusión al régimen anterior, señala a los docentes vinculados al FOMAG antes de la entrada en vigencia de la citada norma, no los aportes efectuados con anterioridad al 2003 al sistema general de la seguridad social, como es el caso analizado, la aplicación del régimen especial surge con la posesión en el cargo como docente Distrital y a partir de ese momento su incorporación al régimen especial.

Costas. La Ley 1437 de 2011 en el artículo 188, estableció que *“Salvo en los procesos 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”*.

En este caso, no se condenará en costas al demandante teniendo en cuenta que no se ha probado en esta instancia las agencias en derecho además de no evidenciar una actuación temeraria con ocasión al cambio jurisprudencial del H. Consejo de Estado

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. -Negar las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo

SEGUNDO . - SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

TERCERO.- En firme esta sentencia, y se ordena el **ARCHIVO** de las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Página 7 de 8



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación: 8003af035b7d4fb7b0d88797391c8cd3aedb19392093a4a145bc203d5f91b438
Documento generado en 14/09/2020 05:01:01 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Sentencia No.41

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00506-00

Demandante: WILSON ISNARDO CARREÑO BARRERA

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

Tema: Reajuste AR prima de antigüedad

Procede el Despacho, agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación; y una vez transcurrido el término de alegatos concedido a las partes, a dictar de forma escrita **sentencia de primera instancia** en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia, con base en las siguientes:

Consideraciones

Pretensiones de la demanda

1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo No.2016-44147 de fecha 01 de julio de 2016 mediante el, cual, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que negó la petición de reliquidación de la asignación de retiro del demandante aplicando correctamente el artículo 16° del decreto 4433 de 2004, de la prima de antigüedad.
2. Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho se condene a CREMIL a liquidar la asignación del demandante 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.
3. Se ordene el reajuste de la asignación de retiro del señor Wilson Isnardo Carreño Barrera, año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje la reliquidación solicitada.
4. Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre el reajuste solicitado y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde su efectividad hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, de conformidad a lo establecido en el artículo 187 del CPACA y 280 del CGP.
5. Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento solicitado, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA.
6. Ordenar a la entidad demandada el pago de costas.

Normas Violadas y Concepto de Violación: Señala que la entidad no ha liquidado la asignación de retiro conforme el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, el 70% del salario mensual adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad; CREMIL incluyó equivocadamente el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, antes de calcular el 70% de la asignación de retiro, y no después, como en su criterio debe realizarse, lo que afectó el valor de la mesada que se le reconoció.

Contestación de la demandada: Precisa CREMIL que la asignación de retiro reconocida, se liquidó en una cuantía del 70% sobre las siguientes partidas: salario mensual y prima de antigüedad, de esta forma señala la entidad, la prestación se encuentra liquidada conforme con el decreto 1794 de 2000 y 4433 de 2004, puesto que se incluyó la prima de antigüedad.

Alegatos conclusivos El demandante solicita con base en la jurisprudencia del H. Consejo de Estado solicita se declare la nulidad del acto demandado y se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la liquidación de la asignación de retiro tomando el 70% de la asignación básica y a este resultado adicionarle el 38,5% de la asignación básica como prima de antigüedad y el pago de las diferencias que resulten de los reajustes solicitados desde la fecha del reconocimiento de la asignación de retiro

Problema Jurídico: Consiste en determinar si en la liquidación y reconocimiento de la asignación de retiro se aplicó en forma correcta el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto al porcentaje de la prima de antigüedad y con ocasión a ello, si es procedente acceder al restablecimiento solicitado en la demanda.

Solución al problema jurídico: Se verifica que, la entidad demandada aplicó de manera equivocada la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debiéndose en consecuencia reliquidar la asignación de retiro reajustando para el efecto el porcentaje de prima de antigüedad reconocido.

Análisis del despacho

Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados.¹

El artículo 3 de la Ley 923 de 2004, prevé los elementos mínimos que deben contener las asignaciones de retiro y las pensiones de los miembros de la Fuerza Pública.

Dentro de los elementos definidos en la referida ley se encuentran los señalados en los numerales 3.3. y 3.4.

3.3. Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

3.4. El aporte para la asignación de retiro a cargo de los miembros de la Fuerza Pública será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación, el cual estará a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

De conformidad con los antecedentes de la referida ley, una de sus finalidades era consagrar «una concordancia entre las partidas sobre las cuales se aporta y las partidas sobre las cuales se liquida la asignación de retiro, atendiendo el principio general de seguridad social según el cual las prestaciones de carácter periódico en las cuales existe la obligación de aporte, por parte del servidor deben ser liquidadas con fundamento en aquellas partidas sobre las cuales se hace el aporte»².

Así mismo, que la norma pretendía ratificar que los requisitos más importantes para acceder al derecho a la asignación de retiro son el tiempo de servicios prestado en calidad de miembro de la Fuerza Pública y el tiempo de aportes «que comprende aquel sobre el cual el miembro de la Fuerza Pública en su calidad de servidor público adscrito al sector defensa ha hecho aportes con destino a la seguridad social»³.

Lo anterior, se refleja en las disposiciones que describen las partidas sobre las cuales se realizan aportes y aquellas que serán tenidas en cuenta para efectos de liquidar la asignación de retiro, así como el porcentaje en el que se deben realizar aportes y aquel que se ha de incluir para el cálculo de la mesada, contenidas en el Decreto 4433 de 2004.

Las partidas que sirven de base para los aportes son las mismas que habrán de incluirse para el cálculo de la asignación de retiro, pues así lo admite el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que en el parágrafo ordena: «En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales».

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, sentencia unificada veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19, Actor: Julio Cesar Benavides Borja, Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

² Gaceta del Congreso núm. 578 del 28 de septiembre de 2004. Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 024 de 2004, Cámara. Página 3.

³ Ibídem.

Se considera que tal previsión se acompasa con los principios constitucionales que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 Superior, inspiran la seguridad social, esto es, los de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Así mismo, con el principio de sostenibilidad financiera incorporado a la Constitución Política, a través del Acto Legislativo núm. 1 de 2005, se reafirmó tal relación de correspondencia entre el ingreso base de liquidación y los factores sobre los cuales efectivamente se realizaron aportes, al decretar: «*Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones*», precaución que obedece al principio de sostenimiento presupuestal, que no se estaría afectando al preservar la proporcionalidad de los aportes con el valor de la prestación, sino que permite precisamente alcanzar su objetivo.

En relación con la solidaridad, sea lo primero advertir que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución Política, es un principio fundante del Estado Social de Derecho, por lo que tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en relación con las primeras normas del ordenamiento superior, «ellas condensan la filosofía política que inspira el diseño institucional previsto por la Carta, representando así los principios esenciales que irradian todo el espectro constitucional y condicionan la acción de las autoridades en general, y del Legislador en particular»⁴, por lo cual se constituyen en «*principios o fórmulas constitucionales básicos que se erigen como criterios hermenéuticos esenciales para determinar el contenido propio de otras cláusulas superiores más particulares, como aquellas que regulan la organización institucional, las relaciones de las personas con las autoridades o el ejercicio de las acciones mismas*»⁵.

Ciertamente, señala la alta corporación el principio de solidaridad cobra vital importancia en materia de seguridad social, al consagrarlo como uno de los que deben inspirar este servicio público, el cual tiene el carácter de obligatorio y de irrenunciable.

Al respecto, la Corte Constitucional ha expuesto⁶: «*[...] el Estado Social de Derecho, a diferencia del Estado Liberal Clásico, parte del supuesto según el cual la realización del interés colectivo presupone la existencia de mecanismos de redistribución de los ingresos, a fin de que los menos favorecidos tengan acceso a la satisfacción de las necesidades básicas, asociadas con la efectividad de los derechos fundamentales. Uno de estos mecanismos es la organización de los sistemas de seguridad social, que pretenden conseguir la satisfacción universal de las necesidades básicas de la población en materia de salud y de previsión de los riesgos de merma de la capacidad laboral por invalidez, vejez o muerte. El funcionamiento de tales sistemas sólo se hace posible gracias al esfuerzo mancomunado del Estado y los particulares, y mediante la implementación de medidas que hagan viable la redistribución de los ingresos disponibles para estos propósitos. Por esta razón, el artículo 48 superior 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”.*

Así mismo, la Corte Constitucional ha precisado que una de las implicaciones del principio de solidaridad en materia de seguridad social, es que «*todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto. [...]*»⁷.

Ahora bien, en relación con este tema, se ha sostenido por parte de los demandantes que se presenta una vulneración al derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, como quiera que las partidas que se les computan para la asignación de retiro son diferentes en uno y otro caso, pues las mismas difieren:

Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime⁸ que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un

⁴ Sentencia C-251 de 2002.

⁵ Ibídem

⁶ Sentencia C-1054 de 2004.

⁷ Sentencia C-126 de 2000.

⁸ T.-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001

mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.

En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «*como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática*»⁹, por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) *que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad*»¹⁰, por lo cual ha concluido que «*la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad*».

Ahora, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994 y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005, la Corte Constitucional concluyó, en la sentencia C-057 de 2010, que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada en lo siguiente: La Corte encuentra, en primer lugar, que los sujetos a que se refieren las disposiciones demandadas constituyen grupos jurídicamente diferenciados. Si bien de las tres categorías se predica el factor común de que están integradas por miembros de la fuerza pública, también es cierto que la diferenciación entre ellas no tiene un origen arbitrario o subjetivo, sino que obedece a criterios normativos. Esas normas asignan a cada una de las tres categorías, responsabilidades, tareas y deberes diferentes. La naturaleza de sus funciones es claramente distinta. 3.6.1.2. Entre los muchos criterios posibles que el legislador habría podido considerar para definir los toques máximos a los que se refieren las normas acusadas, el acudir a los agrupamientos preexistentes en la jerarquía militar o policial es un criterio objetivo, que disminuye los riesgos de arbitrariedad o subjetividad en el otorgamiento del subsidio. Se trata de un criterio jurídico, fácilmente identificable, que responde a la lógica interna de organización de la fuerza pública. Al existir estas distintas categorías jurídicas dentro del universo de personas que conforman la Fuerza Pública, es en principio válido que el legislador las utilice como criterio de distinción para ciertos efectos.

3.6.1.3. Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que en efecto, las tres categorías se encuentran en una situación de hecho distinta. Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la “*conducción y mando*” de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales¹¹. Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes.

3.6.1.4. Desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, las tres categorías a que se refieren las normas demandadas constituyen grupos diferenciados jurídicamente, que, dentro de la fuerza pública, responden a una naturaleza funcional distinta, y por lo tanto, tienen responsabilidades y tareas diferentes. Desde este punto de vista estrictamente formal, se trata de categorías que se encuentran en situaciones de hecho distintas

En este caso, señala el Consejo de estado en su sentencia unificada, se observa entonces 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 distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o

⁹ T-587 de 2006.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Decreto 1790 de 2000, modificado parcialmente por la Ley 1104 de 2006, artículos 11 y siguiente.

aportes sobre diferentes partidas. En efecto, las partidas respecto de las cuales cotizan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son diferentes a las partidas sobre las que efectúan aportes los soldados profesionales.

Igualmente, observa la alta corporación que tanto en el caso de los soldados profesionales como en el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares las partidas que 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 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.

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.

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes: i) 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. ii) 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 aportes.

De la liquidación de la asignación de retiro con el factor de prima de antigüedad para los soldados profesionales

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 señaló la asignación de retiro de la cual gozaría el personal de soldados profesionales del Ejército Nacional, así:

“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 por 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”.

Como se observa, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 incluyó como partida computable de la asignación de retiro para el personal de las Fuerzas Militares entre otras, la prima de antigüedad, la cual conforme el artículo 2 del Decreto 1794 de 2000 señaló que para los soldados profesionales del Ejército Nacional se cancelaría de la siguiente manera:

“Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%)”

La norma en comento ha sido objeto de varias interpretaciones que se traducen en la fórmula a implementar para efectos de liquidar la mesada de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues, mientras Min defensa estima que al salario se le debe adicionar el porcentaje de la prima de antigüedad y a este valor aplicarle el 70% para calcular la mesada, el Consejo de Estado, a través de sus diferentes secciones, ha entendido que la correcta aplicación de la norma se da si se tiene en consideración el 70% del salario mensual, adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, porcentaje que, en todo caso, se obtiene a

partir del valor del ciento por ciento del salario mensual¹² En otras palabras, se debe calcular a partir del 70% del salario devengado que percibía mensualmente, y, al resultado de este valor, se le debe sumar el 38.5% de la prima de antigüedad.

Sobre esta interpretación se consideró que no hacerlo así, sino calcular la prestación sobre el 70% del valor que se obtiene de sumarle a la asignación salarial mensual el 38.5% de la prima de antigüedad, implica una afectación indebida de esta última partida, que va en detrimento de la prestación que perciben los soldados profesionales¹³.

Así las cosas, en el presente caso es procedente el reajuste de la prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante, porque la forma correcta de computarla con base en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 es el 70% del salario mensual adicionado con el porcentaje ordenado en retiro de la prima de antigüedad.

Adicionalmente, se indicó que la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a la asignación de retiro, de allí que, el 38.5% que debe incluirse en aquella, se obtiene por la aplicación de la regla descrita, y no del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación en el año de causación del derecho, pues esta última opción disminuye el valor por este concepto.

Para el Consejo de Estado la interpretación del Ministerio de defensa no corresponde a lo previsto por la aludida disposición, toda vez que al obtener el porcentaje del 70% sobre la sumatoria del salario mensual adicionado con el 38.5%, se estaría afectando indebidamente el porcentaje de la prima de antigüedad y el valor total de la asignación de retiro.

En efecto, señala el alto Tribunal en sentencia unificada del 25 de abril de este año, que al revisar el contenido de la norma se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será 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», lo que a su juicio significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir, (Salario mensual x 70%) + prima de antigüedad= Asignación de Retiro

Se observa entonces que el resultado que arrojan las hipótesis propuestas es distinto, pues en el escenario planteado por el demandante se obtiene un valor mayor. De manera que la interpretación de la entidad conlleva un detrimento para el soldado que pasa a situación de retiro. En este sentido, considera el H. Tribunal que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho¹⁴.

Además, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre los conceptos que deben ser afectados con el porcentaje del 70%, lo propio sería optar por la

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2017, Radicación: 660012333000201300079 01(2898-14), Actor: Luis Aníbal Clavijo Velásquez.

¹³ Ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, radicación: 110010315000201402292 01(AC), actor: Omar Enrique Ortega Flórez; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de febrero de 2015, radicación: 11010325000201404420 00 (AC), actor: Alfonso Castellanos Galvis; Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00; posición reiterada en las siguientes providencias: Sección Segunda Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación: 110010315000201502615 01 (AC), actor: Tito Enrique Valbuena Ortiz; Sección Cuarta, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 1100103 -150002016-00822-00(AC), actor: Jairo Mendoza Mendoza; Sección Quinta, sentencia del 7 de julio de 2016, radicación: 110010315000201601695 00(AC), actor: José Antonio Cualla Sigua; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00(AC), actor: Edwing Guerrero Galvis; Sección Primera, sentencia del 14 de septiembre de 2017, radicación: 110010315000201701527 00, actor: José Alirio Camargo Pérez.

¹⁴ Ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, radicación: 110010315000201402292 01(AC), actor: Omar Enrique Ortega Flórez; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de febrero de 2015, radicación: 11010325000201404420 00 (AC), actor: Alfonso Castellanos Galvis; Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00; posición reiterada en las siguientes providencias: Sección Segunda Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación: 110010315000201502615 01 (AC), actor: Tito Enrique Valbuena Ortiz; Sección Cuarta, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 1100103-150002016-00822-00(AC), actor: Jairo Mendoza Mendoza; Sección Quinta, sentencia del 7 de julio de 2016, radicación: 110010315000201601695 00(AC), actor: José Antonio Cualla Sigua; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00(AC), actor: Edwing Guerrero Galvis;

interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que para el caso sería el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio. Así las cosas, en aplicación del principio de favorabilidad, lo procedente es elegir la segunda de las interpretaciones propuestas.

También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula 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. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 ejusdem, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a MinDefensa sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio.

Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse de la siguiente forma: $(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro}$. Adicionalmente, es menester precisar que conforme lo visto en precedencia el salario básico mensual que debe tenerse en cuenta para este cálculo, en el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, será el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%, por lo expuesto en el punto anterior.

Caso concreto:

Conforme con la Resolución No.3693 del 24 de mayo de 2016 al actor Soldado Profesional del Ejército Nacional, le fue determinada una asignación de retiro por el 70% del salario mensual, adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad y 30% del subsidio familiar devengado en actividad (fl.34 vto.).

CREMIL, al momento de liquidar la asignación de retiro del demandante, realizó una operación matemática consistente en aplicar el 70% sobre la suma del sueldo básico del actor y la prima de antigüedad.

No obstante, conforme con lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y en aplicación de la interpretación más favorable, la entidad debió tomar el sueldo básico que devengaba el demandante al momento del retiro del servicio, aplicarle el 70%, y a este resultado sumarle la prima de antigüedad en un 38.5% de dicha asignación básica para efectos de liquidar la asignación de retiro.

Conforme los anteriores argumentos, el Despacho siguiendo las directrices establecidas por la sentencia unificada del H. Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, dispondrá anular el acto demandado y como restablecimiento del derecho, ordenar la reliquidación de la asignación de retiro del demandante de la siguiente forma: $(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) + \text{el } 30\% \text{ del subsidio familiar devengado en actividad} = \text{Asignación de Retiro}$.

Prescripción: El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual¹⁵. Teniendo en cuenta que la petición de reajuste salarial y prestacional se elevó el **14 de junio de 2016**, la Entidad demandada pagará la diferencia que surja entre el valor reconocido y la nueva liquidación, a partir del **25 de julio de 2016**, fecha de efectividad de la asignación de retiro (fl.34 vto.) dado que no acontece el fenómeno jurídico de la prescripción.

El despacho sigue los lineamientos planteados en la sentencia del H. Consejo de Estado del 26 de marzo de 2006 con ponencia de GUSTAVO GOMEZ ARANGURE rad. 250002350002007-0126501(2329-08)¹⁶.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, Rad. 3420-2015.

¹⁶ H. Consejo de Estado Sección – Segunda, Subsección “A” en sentencia de 4 de septiembre de 2008, expediente No. 628-2008, actor: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren: *precisó que el Ejecutivo, con la expedición del Decreto 4433 de 2004, se excedió en las facultades que le otorgó la Ley 923 del mismo año, dado que en esta última disposición se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, sin que en ninguno de sus apartes se desarrollara el tema de la prescripción, por lo que la norma aplicable con relación al fenómeno prescriptivo es la norma anterior vigente, como ya se advirtió*. Precedente judicial del máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, contenido, entre otras, en las Sentencias i) de 11 de agosto de 2011, con ponencia de VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, radicado interno No. 0535-2011; ii) de 4 de septiembre de 2008, C.P. Doctor GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Expediente N° 0628-08; y, ii) de 25 de noviembre de 2010, con ponencia de quien ahora lo hace en el presente asunto, radicado interno No.

Reajustes pensionales: Una vez determinada la cuantía de la pensión reliquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas.

Diferencias a pagar: De las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben **deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas**, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto.

Ajuste al valor: Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

COSTAS: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos 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”*.

El numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso¹⁷, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”* (Subrayas para resaltar)

2062-2009, según las cuales **el fenómeno prescriptivo para los miembros de la Fuerza Pública es de período cuatrienal, al tenor de lo dispuesto por el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.**

¹⁷ Cfr. La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción-por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

Por su parte el Consejo de Estado¹⁸ ha señalado que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación¹⁹.

El Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se evidencia temeridad o mala fe en su actuación, aunado a que no se ha probado en esta instancia el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR parcialmente la nulidad del acto demandado conforme con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL** a **reliquidar la asignación de retiro** del Soldado profesional WILSON ISNARDO CARREÑO BARRERA identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.690.376 de Mogotes, de la siguiente forma: $(1.6 \text{ SMMLV} \times 70\%) + (1.6 \text{ SMMLV} \times 38.5\%) + 30\%$ del subsidio familiar devengado en actividad = Asignación de Retiro y a **pagar** la diferencia resultante entre lo pagado y lo reliquidado a partir del día **25 de julio de 2016**.

Reajuste pensional: Una vez determinada la cuantía de la pensión reliquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas.

Diferencias a pagar: De las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben **deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas**, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto.

Ajuste al valor: Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

Los intereses. A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del CPACA, a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5° del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta con ponencia del Consejero OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, sentencia del seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), Radicación No. (20486), Actor Diego Javier Jiménez Giraldo Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

¹⁹ Cfr. las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nro. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros. “Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil **Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad** y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley” Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

a lo dispuesto en dicha norma.

TERCERO. – ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A. el acto será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

CUARTO. - NO CONDENAR en costas, conforme a lo expuesto en precedencia.

QUNTO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** la decisión a la entidad para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011), se ordena desde ahora **EXPEDIR** copia de esta decisión de conformidad con el artículo 114 del C.G.P si así lo solicitan las partes, la **DEVOLUCIÓN** de los remanentes si los hubiere y el **ARCHIVO** de las diligencias previo registro por el sistema siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTÁ- CUNDIQUIMARCÁ

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

Código de verificación: 6d44f0552a3a5e80051659f231a27a571a2e2c5126594a58e969d4fe
Documento generado en 14/09/2020 07:05:16 p. m.



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

En Bogotá D.C., 14 de septiembre de de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00485

Demandante: PAULA JOVANNA PACHÓN HAMON

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG

Tema: Sanción moratoria

Sentencia No.15

Procede el Despacho a proferir Sentencia Anticipada de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, artículo 13, numeral 1°, teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

Pretensiones de la demanda

1. Que se declare la existencia y la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 25 de enero de 2018 con ocasión a la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria radicada el 25 de octubre de 2017 ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional – Fomag a pagar a la demandante la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías parciales, contados desde los setenta (70) días hábiles de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada hasta cuando se hizo efectivo el pago.
3. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de la sanción moratoria tomando como base la variación del I.P.C., desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.
4. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria.
5. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A.
6. Que la demandada de cumplimiento a la sentencia que se dicte en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

Normas Violadas y Concepto de Violación: El demandante refirió el desconocimiento de las leyes 91 de 1989 en sus artículos 5 y 15, 244 de 1995 artículos 1 y 2 y 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

Estimó que la entidad ha estado vulnerando el derecho al pago oportuno de cesantías por cuanto las cancela por fuera de los términos de ley, generando una sanción a favor del demandante equivalente a 1 día de salario por cada día de retardo, tal y como lo dispone la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172018-00485
Demandante: Paula Jovanna Pachón Hamon
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

Contestación de la demanda - Debidamente notificada la entidad demandada señaló que la sanción dispuesta en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 no puede aplicarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por tener los docentes un régimen especial.

Manifiesta que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, no expidió el acto administrativo que reconoció la prestación social, ya que fue expedido por la Secretaría de Educación respectiva en uso de las facultades que le confirió el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el decreto 2831 de 2005. Referente a la sanción por mora por el no pago oportuno de las cesantías, señala que por ser una sanción legal no se extiende a los docentes en razón a que Ley docente no la incorpora, en consecuencia, arguye que no puede aplicarse la sanción moratoria de la ley 1071 de 2006 ya que ésta no puede aplicarse por analogía (fls.43-54).

Alegatos de Conclusión

Parte demandante. Guarda silencio

Por la parte Demandada: Presenta alegatos sobre un tema que no es objeto de demanda.

Problema jurídico: Corresponde en este asunto determinar si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el valor de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías reconocidas por la Secretaría de Educación y Cultura de Soacha, mediante Resolución No.2117 de 31 de marzo de 2017, en los términos del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 o si no le asiste tal derecho porque su régimen especial no lo contempla, como lo plantea la demandada.

Solución al problema jurídico: acogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, consideramos que el cargo docente se asimila a los cargos de los empleados públicos, razón por la que tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantías como beneficiaria del regimen general de los empleados publicos en los aspectos no regulados por la Ley 91 de 1989 (sentencias C-741 de 2012, C-486 de 2016, SU-336 de 2017 de la H. Corte Constitucional y SU-012 de 2018 del Consejo de Estado).

Hechos probados

- 1.- Solicitud de reconocimiento y pago de su cesantía parcial ante la Secretaría de educación de Bogotá del 11 de octubre de 2016 (fl.22).
- 2.- Mediante la Resolución No.2117 de 31 de marzo de 2017, la entidad reconoce y ordena el pago de su cesantía parcial (fl.22).
- 3.- Según certificado del pago de las cesantías parciales quedó a disposición de la demandante el 24 de mayo de 2017 (fl.79)
- 4.- El 25 de octubre de 2017, la demandante presenta solicitud de reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 1071 de 2006 (fls.18-22)
- 5.- El salario percibido por el demandante en el año 2017 fue de \$3'397.579 (fl.104).

Análisis jurídico del caso. La Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados. Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la

normativa vigente de la entidad territorial y, los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional. En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, conservarían el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial y, a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarían un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.¹

Estando a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías y siendo aplicables a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990 las disposiciones jurídicas de carácter prestacional que se expidieran a futuro para los empleados públicos del orden nacional es procedente la aplicación de la sanción moratoria desarrollada por la Ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006 porque esta norma fue expedida a favor de todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, incluyendo las entidades que prestan servicios públicos y de educación del orden nacional y territorial en desarrollo del inciso final del artículo 53 de la C.P. en razón a que los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados de manera oportuna.²

El H. Consejo de Estado Subsección A³y, B⁴ y, la Corte Constitucional **SU336/17** han señalado la aplicabilidad de la sanción moratoria a favor de los docentes en razón a la Ley 1071 de 2006 que modificó la Ley 244 de 1995, dado que esta disposición normativa aplica a todos los empleados y trabajadores del estado como quedó contemplado en la exposición de motivos al advertir que “... la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo aparato del estado, no sólo a nivel nacional sino territorial”

La Corte Constitucional para llegar a la conclusión señalada asimiló a los docentes como empleados públicos por “existir importantes semejanzas, incluso identidades entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que, según explicó, son propias del trabajo de los docentes oficiales, entre ellas, cumplir tareas propias y típicas de entidades administrativas y la circunstancia de ser empleados de carrera, que se vinculan previo concurso, a través de un acto administrativo de nombramiento. Y, recordó que a partir de la ley 91 de 1989 en lo que tiene que ver con el pago de cesantías el FOMAG se rige por la normatividad aplicable a los empleados del sector público nacional⁵, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, se debe dar aplicación al criterio de la condición que resulte más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.⁶

¹ El numeral 1° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, señala: “*Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. 2. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley*”.

² Sobre la calidad de los docentes como de servidores públicos, indica la Ley 60 de 1993: “*El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992.*

Así mismo, la Ley 115 de 1994 señala que los docentes son: “*Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial...*”.

³ Sentencia del 21 de octubre de 2011 Radicación interna 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09) ponencia Gustavo Gómez Aranguren Actor Eduardo Montoya Villafañe, sentencia del 10 de julio de 2014 radicación No. 17001-23-33-000201-00080-01(2099-13) Ponencia de Luis Rafael Vergara Quintero. Actor Martha Lucia Hernández Clavijo y, sentencia del 17 de noviembre de 2016 radicación 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014) Ponencia de William Hernández Gómez. Actor Fabio Ernesto Rodríguez Díaz.

⁴ Sentencia del 22 de enero de 2015 con radicación 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14) Ponencia Sandra Lisseth Ibarra Vélez. Actor Yaneth Lucia Gutiérrez Gutiérrez y sentencia del 14 de diciembre de 2015 con radiación 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14). Actor Diva Liliana Diago de Castillo.

⁵ Sentencia C-486 de 2016.

⁶ De conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Constitución la legislación en materia laboral debe garantizar ciertos principios mínimos a favor del trabajador, como lo son “*la igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y*

El Consejo de Estado, mediante Sentencia de Unificación SU-012 de 2018, reiteró que los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

Marco normativo de la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías La sanción moratoria es una sanción a favor del trabajador con el propósito de resarcir los daños que se causaron a éste con ocasión del incumplimiento en el pago de sus cesantías. Su objeto es proteger el derecho de los servidores a percibir la liquidación de sus cesantías.⁷

Según la norma y conforme con la sentencia del 17 de noviembre de 2016, radicado interno 1520-2014, reiterando la sentencia del 27 de marzo de 2007, radicado interno 2777-04, la Administración debe liquidar a los funcionarios o exfuncionarios las cesantías parciales o definitivas dentro de los 15 días siguientes a la solicitud y, una vez agotado el procedimiento administrativo, tiene 45 días hábiles para pagarla; si en éste término no se cumple, a partir del día siguiente, deberá cancelar al servidor o exservidor un día de salario por cada día de retardo, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en dicha disposición normativa.

De esta forma, las entidades empleadoras, dentro de los **quince (15) días** hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas o parciales, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5º de la misma ley, tienen un plazo máximo de **cuarenta y cinco (45) días** hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo para cancelar la prestación.

Contabilización de los términos en el caso estudiado. Revisados los documentos, se observa que la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías se presentó ante la Secretaría de Educación de Bogotá el **11 de octubre de 2016** en consecuencia, para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales

*calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad". El principio de favorabilidad ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como aquel que se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. Según ha sostenido la Corte, en estos eventos "los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social" (sentencia T-832A de 2013). En otras palabras, si bien los jueces, incluyendo las Altas Cortes, tienen un amplio margen de interpretación en las normas laborales, "no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquél que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. En consecuencia, una conducta contraria configura un defecto que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, por desconocimiento directo del artículo 53 Constitucional" (sentencia T-350 de 2012).*

⁷ La sanción moratoria de manera particular, se encuentra desarrollada por la ley 244 de 1995, subrogada por la ley 1071 de 2006, publicada el 31 de julio de 2006, así: **"ARTÍCULO 1o. OBJETO.** La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación. **ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN.** Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará 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 trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro. **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

del Magisterio, se causa la mora a partir del **24 de enero de 2017**, partiendo del hecho que el **02 de noviembre de 2016** se cumplieron los 15 días para que la entidad prohiriera el acto administrativo que liquidara y reconociera el pago de las cesantías parciales; 10 días más de ejecutoria que finalizan el **18 de noviembre de 2016** de conformidad con el C.P.A.C.A., debiendo quedar en firme el acto en esta fecha; seguidamente, se deben contabilizar 45 días para cancelar la prestación los cuales **se cumplieron el 23 de enero de 2017**; por tanto, el día siguiente, es decir, desde el **24 de enero de 2017** hasta el **23 de mayo de 2017** fecha anterior en que se efectuó el pago según certificado visible a folio 79, es el rango de tiempo dentro del cual se debe contabilizar la sanción moratoria que debe pagar el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como quiera que la demandante se encuentra dentro del supuesto consagrado en el parágrafo del artículo 5° de la ley 1071 de 2006, tiene derecho al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías hasta que se hizo efectivo su pago.

Prescripción. - Conforme con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁸, se ha de indicar que, de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que la mora, objeto de las pretensiones, se generó a partir del **23 de enero de 2017** y la reclamación se realizó el **24 de octubre de 2017** (fl.18-21), ante la Secretaría de Educación de Bogotá - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Como quiera que la demandante tenía hasta el **24 de enero del 2020** para reclamar la sanción moratoria, en el presente caso no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción.

Salario que se debe tener en cuenta para la liquidar la sanción la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 del Honorable Consejo de Estado indicó que para las cesantías será la asignación básica que devengue el servidor público al momento de causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo y para la liquidación en los términos del artículo 134 del CST se toma en cuenta que el mes tiene 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses equivale a 360 días al año⁹, así:

<u>Salario mensual</u>	<u>Salario diario</u>	<u>Fecha de inicio de la mora</u>	<u>Día anterior al Pago</u>	<u>Días en mora</u>	<u>Total, sanción por mora</u>
\$3´397.579 ¹⁰	113.252 ¹¹	24-01-2017	23-05-2017	120 ¹²	\$13´590.316 ¹³

⁸ En lo concerniente a la prescripción en sentencia del quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018), con Ponencia del H. Consejero William Hernández Gómez, la Subsección A –Sección Segunda del Consejo de Estado⁸, estableció lo siguiente “Prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 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 accesorios 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 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 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, 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, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990”.

⁹ La Sentencia T-248 de 2008 menciona la sentencia del 10 de noviembre de 1982, dictada dentro del expediente No. 3524, en donde actuó como ponente el doctor Álvaro Orejuela Gómez, la cual fue reiterada en fallos del 12 de septiembre de 1996, expediente No. 9171, Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro y del 20 de noviembre de 1998, expediente No. 13310, la Sección Segunda sostuvo: “(...) Para nadie es desconocido que al servidor público, se le señala una remuneración mensual única, tomando el mes como de treinta días, independiente de que éste tenga 28 o 31. En el mismo sentido, en el campo privado, el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo contempla de manera enfática que “El salario en dinero debe pagarse por períodos iguales y vencidos, en moneda legal.” Así, si para el salario mensual se toma en cuenta el mes de 30 días, lo que multiplicado por los doce (12) meses que componen un año equivale a 360 días al año, es lógico, indiscutible y correcto, que la misma regla deba aplicarse para las cotizaciones obligatorias de los distintos regímenes (...).”

¹⁰ Salario recibido en el año 2017, según certificación obrante en el expediente administrativo cd folio 104.
¹¹ Resultado de \$3´397.579/30 días
¹² Días comprendidos entre el 24 de enero de 2017 hasta el 23 de mayo de 2017, de 30 días del mes.
¹³ Resultado de: 113.252*120

Conforme la liquidación realizada anteriormente, se tiene que el valor que debe pagar la entidad demandada por sanción mora por pago tardío de las cesantías definitivas de la accionante, es de **\$13'590.316 pesos**

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero Ahora bien, en torno a la solicitud de indexación, este Despacho acoge el criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, en la cual examinó la exequibilidad del párrafo transitorio del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, al no resultar razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella¹⁴. Por tal razón este Despacho no accederá a la pretensión de indexación solicitada, siendo ésta la línea adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado:

“[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996¹⁵, la jurisprudencia del Consejo de Estado ¹⁶ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que “la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995¹⁷ [...]”

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.¹⁸

Es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.¹⁹

Los intereses A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del C.P.A.C.A., a

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996 “(…) [L]a sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía, sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el párrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. (...)”.

¹⁵ Mediante la cual la Corte declaró exequible el párrafo transitorio del artículo 3.º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: “Así, el párrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...) En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella” (Resaltado no es del texto original).

¹⁶ Por mencionar una de tantas, se puede consultar la sentencia del 31 de enero del 2008 de la Sección Segunda, Subsección A, radicado interno 7749-05, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁷ Sentencia del 5 de agosto de 2010 de la Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 1521- 2010, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “A” Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 Número Interno: 1520-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación SU-012 de 2018.

menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Costas El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que *“Salvo en los procesos 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”*. El numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso²⁰, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado²¹ ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.²²

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, dado que no se evidencia temeridad o mala fe, aunado a la falta de pruebas sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

²⁰ Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

²¹ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

²² Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley” Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172018-00485
Demandante: Paula Jovanna Pachón Hamon
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

PRIMERO. DECLARAR LA EXISTENCIA del acto ficto o presunto configurado el 25 de enero de 2018, con ocasión a la petición presentada el día 25 de octubre de 2017, al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD del acto ficto demandado, conforme con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, a pagar**, en favor de la señora **PAULA JOVANNA PACHON HAMON** el periodo comprendido entre el 24 de enero hasta el 23 de mayo de 2017, **con 120** días de mora, que equivalen a la suma de **\$13.590.316 pesos**, en los términos de la parte motiva de este fallo.

CUARTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El acto será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

SEXTO. SIN COSTAS en esta instancia.

SÉPTIMO. Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada el contenido de este fallo. Así mismo, expídase copia de este fallo a las partes de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P. si así lo solicitan y archívese el proceso previo registro por el sistema siglo XXI.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral

Proceso No. 1100133350172018-00485

Demandante: Paula Jovanna Pachón Hamon

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

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

Código de verificación:

db5ca75aaa983eaf822dba6453eea6051df5c5eb58f8a840ef029021ac4ef510

Documento generado en 14/09/2020 08:48:43 a.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C. SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., 14 de septiembre de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-479-00

Demandante: HERNANDO DELGADO QUINTERO

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES

Tema: Reliquidación – Régimen transición ley 100 de 1993 -Favorabilidad Ley 797 de 2003 - Ley 33 de 1985

Sentencia No.31

Procede el Despacho a proferir Sentencia Anticipada de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral, teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

Pretensiones

1. Que se declare nulidad de las Resoluciones SUB No. 112615 del 26 de abril de 2018 por la cual se reconoce una pensión de vejez, SUB No. 151726 del 12 de junio de 2018 por la cual se confirma la anterior decisión y la DIR No.11223 del 14 de junio de 2018 por la cual se modifica la resolución 112615
2. Como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento, se solicita reliquidar la pensión de jubilación con el promedio de todo lo devengado en el último año de servicios, por encontrarse amparado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, incluyendo aportes cotizados por catedra universitaria y otros como los realizados por su labor como par académico del Ministerio de Educación Nacional, teniendo en cuenta los principios en materia laboral y del sistema integral de seguridad social, en especial el de favorabilidad, razón por la que el monto de la pensión no puede ser inferior al 90% del ingreso base de liquidación por haber cotizado mas de 2000 semanas y estar cobijado por el artículo 20 del decreto 758 de 1990.
3. De manera subsidiaria y por ser beneficiario del régimen de transición, solicita reliquidar la pensión con el promedio de todo lo devengado en el último año de servicio en un 75% o el promedio de todo lo devengado en los últimos 10 años, esto es, con el 85%.
4. Ordenar a la entidad demandada a reconocer y pagar las diferencias que resulten debidamente indexadas conforme con el índice de precios al consumidor, los reajustes de ley.
5. El cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y ss del CPACA
6. Se condene a la entidad demanda en costas.

Demandante: El demandante sostiene que por ser beneficiario del régimen de transición se debe reliquidar la pensión del demandante en los términos de la Ley 33 de 1985, ley 71 de 1988 y decreto ley 1045 de 1978 sobre todos los factores devengados en el último año de servicio, el no hacerlo de esta forma viola el derecho a la igualdad, equidad y favorabilidad. Arguye que no se debe aplicar la sentencia 143 del 28 de agosto de 2018 con ponencia del Dr. Cesar Palomino como quiera que la misma no ha considerado las excepciones y sus efectos son ex nunc, pues de lo contrario la pensión de los beneficiarios del régimen de transición quedaría en menores condiciones que las señaladas en la ley 100 de 1993

Contestación de la demandada: La entidad demandada se opone a que prosperen todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, en vista que no están llamadas a prosperar por carecer de sustento fáctico y legal porque la pensión de jubilación del demandante se realizó con el promedio de los últimos 10 años de servicio y, respecto de los factores salariales los únicos que se deben tener en cuenta son los contemplados en el decreto 1158 de 1994, siempre que se hubieran efectuado aportes.

Respecto a la aplicabilidad de la ley 71 y el decreto 758 de 1990, señala que la norma establece como edad para acceder a la prestación 60 años. Cumpliendo el demandante los 60 años el 7 de febrero de 2017, época en que se ha acabado el régimen de transición conforme con el acto legislativo 01 de 2005.

No es procedente aplicar todos los factores salariales devengados en el último año de servicio en términos de la sentencia SU 230 de 2015, en donde se aclaró que el IBL no forma parte del régimen de transición ya que el legislador contemplo la edad, tiempo y monto como aspectos que se tienen en cuenta del régimen anterior, con base en ellas se deben aplicar los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y los factores taxativos del decreto 1158 de 1994.

Referente a la aplicación del artículo 34 de la ley 100 de 1993 para que el reconocimiento pensional sea en un monto del 85%, aclara que a partir de 2004 el monto mensual de la pensión corresponde al número de semanas mínimas de cotización requeridas, equivalente entre el 65% y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados en forma decreciente en función del nivel de ingresos y, a partir de 2005 por cada 50 semanas adicionales el porcentaje se incrementa en 1.5% llegando a un monto máximo entre el 80 y el 70.5% en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización y el valor total de la pensión no puede ser mayor al 80%. La entidad al realizar la liquidación con base en este artículo señala que la misma no es superior a la tasa de reemplazo reconocida por la entidad.

Alegatos de Conclusión

La demandante Indica que las pensiones de los servidores públicos que se liquidan de acuerdo con la regla del inciso 2 de la Ley 36 de 1993, esto es, aplicando de manera integral el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, tomando como IBL el promedio de los salarios sobre los que efectuaron los aportes durante el último año de servicios, no son pensiones que impacten el déficit en el sistema y afecten las que están en curso de reconocimiento en detrimento de los derechos de los demás afiliados. Los tratamientos inequitativos, desiguales y discriminatorios frente a la generalidad del sector, derivan de aquellos regímenes como el fijado en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, del que se ocupó la sentencia C-258 de 2013, y no del régimen general de la Ley 33 de 1985 que es un régimen en el que no se establecen condiciones de las que se concedan reconocimientos pensionales desproporcionados.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones** recordando el contenido de los actos demandados manifiesta que no es posible la reliquidación pensional teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales percibidos en el último año de servicios, con el 90 % del ingreso base de liquidación, en aplicación del artículo 20 del Decreto 758 de 1990, toda vez que el accionante cumplió la edad mínima de pensión establecida en los requisitos del acuerdo 049 de 1900, 60 años, el día 7 de febrero de 2017, fecha en la cual el régimen de transición ya se había acabado, tal como se menciona en el acto legislativo 01 de 2005, que establece que dicho régimen termina el 31 de diciembre de 2014.

Resaltó que en el presente caso no es posible la reliquidación pensional teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, toda vez que esta posición discrepa con el lineamiento jurisprudencia plasmado en las **sentencias T-078 de 2014, A-326 de 2014, SU-230 de 2015, T-060 de 2016, SU-427 de 2016, SU-210/2017, SU 395 de 2017, SU 023 de 2018 y la Sentencia del 28 de agosto de 2018 del Honorable Consejo de Estado**, en las que se ha dejado en claro que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el ingreso base de liquidación.

Por último señala que no puede reliquidar la prestación con el 85%, de la totalidad de los factores salariales devengados en los últimos 10 años de servicios, de conformidad con el artículo 34 de la ley 100 de 1993, toda vez que el accionante adquirió los requisitos de causación que exige la ley 797 de 2003, en el año 2017.

Problema jurídico: El problema jurídico consiste en establecer si es procedente la nulidad de los actos administrativos demandados dado que el demandante tiene derecho a que la pensión de jubilación sea liquidada con base en el régimen anterior a la ley 100 de 1993, esto es, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio y no como lo hace la entidad demandada, por ser beneficiario del régimen de transición de la ley 100 de 1993, o si conforme con lo argumentado por la entidad demandada, la pensión de la demandante debe ser liquidada con el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicio aplicando una tasa de remplazo del 75% y los factores que hayan servido de base para calcular los aportes en los términos del decreto 1158 de 1994.

Hechos probados: En el expediente se encuentran demostrados los siguientes hechos:

- 1.- El demandante nació el 07 de febrero de 1957 y acredita 1970 semanas
- 2.- Según el certificado expedido por la Coordinadora del Grupo de Gestión de Nomina y Viáticos de la Escuela Superior de Administración Pública donde labora desde el 28/09/1993 hasta el 31/12/2017, los factores salariales y prestacionales devengados en el último año de servicios fueron: sueldo básico, hora de catedra, prima técnica, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones (fls.187).
- 3.- Mediante Resolución No.SUB 112615 del 26 de abril de 2018, se reconoce y ordena el pago de una pensión de vejez al demandante en los términos del artículo 36 de la ley 100 de 1993, esto es, considerando 20 años de servicio y 55 años de edad de la ley 33 de 1985, status pensional del 7 de febrero de 2012 un IBL de los últimos 10 años de servicio por \$7'197803 considerando los factores del decreto 1158 de 1994 y una tasa de reemplazo del 75% para un valor de \$5'421.401 pesos

Solución al problema jurídico: no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda con base en Sentencia de Unificación 143 del 28 de agosto de 2018¹ de la Sala Plena del Consejo de Estado, porque en virtud de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en materia de seguridad social, la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 1º y 48 constitucional modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005 del régimen de transición de la ley 100 de 1993 permite que la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto y el monto de la misma, sean las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994), tuvieran la edad de treinta y cinco (35) años en el caso de las mujeres; o cuarenta años (40) o más en el caso de los hombres; o que, indistintamente, tuvieran quince (15) o más años de servicios y, las demás condiciones y requisitos aplicables para obtener tal derecho son los contenidos con las disposiciones de la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Características del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 Sentencia de Unificación CE-SUJ-S2-021-20 del 11 de junio de 2020

Una de las peculiaridades del régimen de seguridad social en pensiones consiste en que no es intangible, es decir, que puede ser modificado, entre otras razones de peso, por motivos de sostenibilidad fiscal, que permiten disciplinar las finanzas públicas con el fin de reducir el déficit fiscal que surge de la ostensible diferencia entre los ingresos nacionales y los gastos públicos, al igual que por causa de la política macroeconómica, que es esa potestad que tiene el Estado, derivada de su soberanía y que concierne a su régimen fiscal, monetario, cambiario, comercial al igual que a su crecimiento económico, a la inflación y a las tasas nacionales de empleo y desempleo.

Empero, aunque dicho régimen es susceptible de modificación, lo cierto es que, con el fin de mantener el equilibrio entre esas razones de sostenibilidad fiscal y de política macroeconómica, que conducen a su reforma, y el respeto por los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, la Ley 100 de 1993 en el artículo 36, instituyó el régimen de transición en aras de proteger a quienes tenían la esperanza de adquirir el derecho a la pensión de conformidad con los requisitos establecidos en la normatividad anterior, pues no puede desconocerse que cuando se está ante la presencia de un cambio normativo, es necesaria la protección del derecho adquirido del ciudadano al igual que dicha expectativa en aplicación del principio de no regresividad, con el fin de evitar que se incurra en transgresiones desproporcionadas e irrazonables que

¹ Expediente 52001233300020120014301 Ponencia Dr. CESAR PALOMINO CORTES.

afecten el referido equilibrio, en claro atentado contra los principios de proporcionalidad, de favorabilidad y de confianza legítima.

En este punto hay que anotar, que la Corte Constitucional define el derecho adquirido como aquel que ingresa al patrimonio de su titular, porque antes del surgimiento de la nueva ley reunió los requisitos de edad y tiempo de servicios o número de semanas cotizadas que son exigidas por la antigua ley para acceder a la jubilación. Por su parte, en cuanto a la expectativa legítima dicha Corte considera, que es la que le asiste al individuo que está próximo a cumplir con esos requisitos que ordena la ley antigua en el momento en el que surge la ley nueva, que de paso hacen más dispendiosa la obtención del derecho a la pensión.

Es por lo anterior que este régimen de transición ordena que si para la fecha en la cual inició la vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1.º de abril de 1994 en el ámbito nacional o el 30 de junio de 1995 en el orden territorial, las mujeres tenían 35 o más años de edad, los hombres 40 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados, la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y su monto, son los que se encuentran determinados en el sistema anterior al cual se encontraban afiliados; las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se rigen por las disposiciones contenidas en dicha ley.

En la misma línea, la jurisprudencia de esta Sección igualmente considera que este régimen de transición se constituye en un beneficio que la ley le concede al servidor, y que consiste en que tiene derecho a que se le apliquen las anteriores disposiciones legales, siempre que cumpla con los presupuestos que consagra la transición, pues de lo contrario esa transición dejaría de ser un beneficio.

Ahora bien, el régimen de transición, no solo aplica para los regímenes generales vertidos en la Ley 6 de 1945, el Decreto 3135 de 1968, la Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988, sino que igualmente opera en relación con los regímenes especiales, consagrados por los Decretos 546 de 1971 referente a los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, 929 de 1976 y 937 de 1976 relativo a los empleados y funcionarios de la Contraloría General de la República, entre otros.

A esta altura hay que tener presente que, tal como lo dispone el Acto Legislativo 01 de 2005 en el párrafo transitorio 4.º, más allá del 31 de julio de 2010 no puede extenderse el régimen de transición establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, salvo para los trabajadores que estando amparados por él para el 25 de julio de 2005 tuvieran 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicio.

Además, a partir de su vigencia, es decir, desde el 25 de julio de 2005, fenecieron los regímenes especiales y exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al presidente de la República y a lo establecido en los párrafos de su artículo 1.º.

Sala Plena Consejo de Estado con ponencia del doctor Cesar Palomino Cortés², aclara que 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.

Y para ellos, señala como primera subregla que los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es así:

- 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,

² Sentencia del 28 de agosto de 2018 de la Sala de los Contencioso Administrativo Consejo de Estado, **Expediente:** 52001-23-33-000-2012-00143-01, **Demandante:** Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, **Demandado:** Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en liquidación

actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Y como segunda subregla 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.³⁴

A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman 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 servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

Tomando en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no se afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho fundamental a la pensión de los habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado asumir en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia. De esta forma, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) 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 (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.⁵

Esta regla de interpretación es vinculante dentro del sistema de fuentes, y es contraria a la tesis sostenida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la ya referida sentencia de 4 de agosto de 2010, que se edificó en el entendido de que el concepto de monto no solo contemplaba la tasa de reemplazo como expresión porcentual de la pensión, sino también la base de liquidación pensional, en virtud del principio de conglobamiento o de inescindibilidad de la norma.

Es importante anotar que esta sentencia no se ocupó de definir, si el ingreso base de liquidación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 también hacía parte del régimen de transición para quienes se hubieren pensionado con los requisitos establecidos por el Decreto 546 de 1971, aplicable a los servidores de la Rama Judicial y del Ministerio Público ni hizo alusión a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para liquidar su pensión de jubilación.

Efectos de la sentencia unificada CE-SUJ-S2-021-20 del 11 de junio de 2020

El artículo 237, ordinal 1.º, de la Constitución Política consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado el desempeñar las funciones de Tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En este

³ 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; en 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, con 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”.

⁴ 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 salarial en la liquidación de la mesada pensional y**, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

⁵ En este caso no razones jurídicas o fácticas que nos obliguen a apartarnos del precedente vertical porque, por ejemplo, (i) concurren hechos o elementos normativos o doctrinarios relevantes, no valorados por el juez superior en su momento, que alteran la admisibilidad del precedente para el nuevo caso; (ii) la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunciaron de manera contraria a la interpretación del superior jerárquico; u (iii) ocurrieron cambios normativos que hicieron incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico.

sentido, la jurisprudencia que profiere este órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción, por la Constitución y la Ley.

La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de las altas cortes - autoridades de cierre de las correspondientes 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**.

La Sección Segunda, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, efecto que se le dará a esta sentencia, disponiendo que la regla jurisprudencial fijada es vinculante en los siguientes casos: (i) respecto de los asuntos similares que actualmente se están tramitando en el seno de la administración; (ii) respecto de los procesos similares que se están adelantando en juzgados, tribunales administrativos y Consejo de Estado. En consecuencia, **no tiene efectos** respecto de aquellos asuntos en los que ya existe sentencia ejecutoriada. **En tal virtud, los conflictos judiciales ya resueltos están amparados por la cosa juzgada y en consecuencia resultan inmodificables.**

Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la inaplicación de esta sentencia.

No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en tesis anteriores que sostuvo la Sección Segunda del Consejo de Estado, la cuales replanteó la Sala Plena, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer recurso extraordinario de revisión contra sentencia ejecutoriada que haya reconocido la pensión con fundamento en jurisprudencia diferente a la *ratio decidendi* aquí expuesta, prevalecerá el carácter de cosa juzgada, sin perjuicio de lo previsto en las causales de revisión reguladas en el artículo 250 del CPACA.

Caso concreto

Las sentencias de unificación concluyen que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por el constituyente en el acto legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del sistema de seguridad social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por lo tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la ley 100 de 1993. Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la Ley de Seguridad Social en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale la Ley 4ª de 1992 y el Decreto reglamentario 1158 de 1994 el cual dispone:

“El salario mensual base para calcular las cotizaciones 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 realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;”*

El demandante, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), tenía 37 años de edad, más de 15 años de servicio y más de 750 semanas a la fecha de entrada en vigencia del

⁶ Por el cual se modifica el artículo 6o del Decreto 691 de 1994.

acto legislativo 01 de 2005, razón por la que se debe tener en cuenta, se repite la edad-55 años-, el tiempo de servicio, y el monto de la Ley 33 de 1985 y, el ingreso base de liquidación del artículo 36 de la ley 100 de 1993 o en términos de la ley 71 de 1988 a los 60 años de edad y 20 años con el 75% del ingreso base de liquidación del artículo 36 de la ley 100 de 1993 o la ley 100 de 1993 al momento de cumplir con los 62 años de edad; respecto de la aplicación del artículo 34 de la ley 100 de 1993 la entidad pone de presente que la nueva liquidación con base en la mencionada normatividad arroja un monto inferior al 75 % establecido en el acto de reconocimiento.

Considerando que el régimen de transición, no solo aplica para los regímenes generales vertidos en la Ley 6 de 1945, el Decreto 3135 de 1968, la Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988,¹ sino que igualmente opera en relación con los regímenes especiales, teniendo en cuenta que el Ingreso Base de Liquidación, de las personas beneficiadas con él, como es el caso de la demandante debe ser liquidado según el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, pues con el régimen de transición consagrado en la citada ley el legislador no quiso mantener la aplicación en su totalidad de la normativa que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella y observando que la entidad demandada le reconoció la pensión de vejez a la parte actora, aplicando dicha normativa, esto es, el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años de la historia laboral, los factores establecidos en el decreto 1158 de 1994 con una tasa de reemplazo del 75% de conformidad con la Ley 33 de 1985, conforme con las normas aplicables al caso es procedente negar las pretensiones de la demanda. En consecuencia, los actos administrativos acusados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los amparaba.

Costas: El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que *“Salvo en los procesos 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”*. El numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁷, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

⁷ Cfr. La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

Referente a este tema el Consejo de Estado⁸ ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.⁹

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en razón a que en el expediente no hay prueba sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR configurada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la demandada según lo expuesto en las consideraciones de este proveído.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

TERCERO.- NO CONDENAR EN COSTAS, por no aparecer probadas, conforme a lo expuesto en precedencia

CUARTO.- En firme esta sentencia, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las correspondientes anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación: **b7fdd5263cca3adfd7a4a26b8921511aff6a9999807404d8e59346355f47bc95**

Documento generado en 14/09/2020 05:01:38 p.m.

⁸ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

⁹ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Sentencia No. 36

Radicación: 1100133335017-2018-00431
Demandante: Luis Felipe Villamil Guayambuco
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional y Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema: Reajuste AR con base en el reajuste de la AA conforme I.P.C.

Escuchados los alegatos de las partes y evidenciando que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral propuesto por el señor Luis Felipe Villamil Guayambuco contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y como vinculada la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, teniendo en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES

Pretensiones:

- 1.- Declarar la nulidad del Oficio No. 20183171463121: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 6 de agosto de 2018, mediante el cual el Ministerio de Defensa Nacional, negó la reliquidación del sueldo, primas, vacaciones, cesantías y demás prestaciones incorporando los porcentajes del IPC dejados de incluir en la asignación básica desde 1997 hasta la fecha del pago efectivo.
- 2.- Se ordene a quien corresponda la reliquidación y reajuste del salario reconocido, adicionándole los porcentajes correspondientes a la diferencia existente entre el porcentaje en que fue aumentado el salario del demandante, en aplicación de la escala gradual salarial porcentual y el índice de precios al consumidor IPC que se aplicó para los salarios de carácter privado con fundamento la Ley 4ª de 1992, en los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.
- 3.- Se ordene al Ministerio de Defensa Nacional efectúe a corrección de la hoja de servicios del actor.
- 4.- Se ordene al Ministerio de Defensa Nacional, que remita la nueva hoja de servicios a la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, para que la asignación de retiro reconocida por CREMIL me sea incrementada por el incremento del salario.
- 5.- Ordenar a la demandada, reliquidar, reajustar e indexar el sueldo, las primas del SP (R) Luis Felipe Villamil Guayambuco, computando los porcentajes del índice de precios al consumidor, desde el año 1997 hasta la fecha en que se consolide el pago, con el mayor porcentaje y en forma permanente como resultado del reconocimiento del derecho anterior, de acuerdo con su grado
- 6.- Ordenar a la demandada, se realice la reliquidación del sueldo, y demás prestaciones sociales incorporando los porcentajes del IPC dejados de incluir en la asignación básica desde 1997 hasta la fecha del pago efectivo.

Tesis del demandante: El accionante señala que el Estado debe garantizar a los servidores públicos progresivamente la actualización plena de su salario de conformidad con el índice de precios al consumidor.

Concluye que el reajuste salarial porcentual que se realiza a favor de los empleados públicos no puede ser inferior al Índice de Precios al Consumidor (IPC) del año inmediatamente anterior, y que partiendo de esta base se puede modificar el porcentaje según el cargo que desempeñe el servidor. Si bien, por facultades conferidas por el Congreso de la República corresponde anualmente al Gobierno Nacional fijar el régimen salarial de los empleados públicos corresponde anualmente al Gobierno fijar el régimen salarial de los con el fin de mantener el poder adquisitivo del salario, razón por la cual el incremento no puede ser inferior el índice de Precios al Consumidor I.P.C del año inmediatamente anterior.

Tesis de la demandada Nación – Ministerio de Defensa Nacional: Señala que por mandato constitucional, art. 217 y 218, la fuerza pública goza de un régimen especial y cada año el gobierno nacional expide un decreto a través del cual realiza los respectivos reajustes salariales demandables ante la Corte Constitucional.

En este orden el Ministerio no tiene la competencia para modificar el contenido de los decretos presidenciales, mal podría exigírsele una potestad que no ha sido conferida, con fines de satisfacer los reclamos de orden salarial (fls.84-101).

Tesis de la demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL: Indica que no ha violado la ley y en acatamiento a ella, reajusta las asignaciones de retiro conforme a los aumentos ordenados al servicio activo, en virtud del principio de oscilación. Soporta sus argumentos en jurisprudencia del Sección Segunda de Consejo de Estado en donde la corporación argumenta que el reajuste pretendido no es procedente porque éste solo surgió a favor de quienes tenían consolidada su situación pensional para los periodos señalados.

Precisa que el principio de oscilación, es asimilable tanto conceptual como en su finalidad al principio de mantenimiento del poder adquisitivo de pensiones, siendo el primero propio del régimen especial de los miembros de las fuerzas militares el cual se ha consagrado en el artículo 169 del Decreto 1211/1990 y el artículo 42 del Decreto 4433/2004, consagrándose taxativamente la prohibición de la aplicación de un régimen diferente para efectos del reajuste de las asignaciones de retiro.

Problema jurídico: El problema jurídico consiste en establecer si es procedente ordenar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional la reliquidación de la asignación por actividad en el periodo comprendido entre 1997 y 2004 en los términos en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, con ocasión a ello, si es procedente el reajuste de la asignación por retiro desde su efectividad, teniendo en cuenta la nueva base salarial y, el consecuente pago de los retroactivos a que haya lugar.

Solución al problema jurídico: No prosperan las pretensiones de la demanda en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL teniendo en cuenta que para los años reclamados el demandante mientras estuvo en actividad se le reajustaron sus salarios de conformidad con la escala gradual porcentual, a través de los decretos que expidió para esa época el Gobierno Nacional, los cuales no pueden ser modificados a través de una decisión judicial por ser una escala gradual por disposición de la Constitución Política, diferente acontece con los incrementos efectuados a las asignaciones de retiro basadas en el principio de oscilación para mantener el equilibrio entre los incrementos efectuados al personal activo y los realizados al personal en retiro que disfruta de una pensión o asignación de retiro que para los años comprendidos entre 1997 y 2004 pudieron ser modificados por vía judicial por haber sido inferiores al IPC en virtud de lo dispuesto por la Ley 238 de 1995 ese reajuste para los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 tuvo lugar de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, en tanto resultaba más favorable que el establecido por el gobierno nacional, en aplicación del principio de oscilación, incidiendo dicho incremento positivamente en la base de la asignación por retiro¹.

Conforme con el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, el reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares se efectúa conforme al principio de oscilación, esto es, con base en el

¹ A partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el reajuste ya no se haría más de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, sino con aplicación del principio de oscilación, previsto en el artículo 42 del citado Decreto, pero que en todo caso, la base de la asignación de retiro a 31 de diciembre de 2004 debe contemplar el reajuste que en el pasado se ordenó con fundamento en fundamento la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004. En otras palabras, los incrementos que se efectúen sobre la asignación de retiro de un oficial o suboficial de la Fuerza Pública en retiro a partir de la entrar en vigencia el Decreto 4433 de 2004, esto es el 31 de diciembre de 2004, no pueden desconocer que dicha asignación de retiro, en su base, experimentó un incremento en virtud del reajuste que en sede judicial se ordenó con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, sobre el cual en todo caso deberá incrementarse a futuro, en virtud del principio de oscilación. Una interpretación en contrario desconocería el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos de la Constitución Política, esto es, en el inciso sexto del artículo 48 y en el inciso tercero del artículo 53, derecho que a juicio de la Sala constituye una expresión del principio de Estado Social de Derecho, de la protección especial que establece la carta Política a las personas de la tercera edad y de los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 10 de agosto de 2017, Expediente 25000-23-42-000-2013-00104-01 (3714-2014), demandante: Wilson Gerley Vallejo Garzón, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

incremento de los sueldos del personal en actividad cuyo aumento porcentual a su vez depende del 100% de lo que devenga un coronel en servicio activo y no con base en la prestación reconocida a un Coronel en situación de retiro, por lo que no hay lugar a ordenar la reliquidación solicitada.

Así las cosas, el referente para efectuar la reliquidación de la asignación de retiro es el sueldo de los miembros de la fuerza pública en servicio activo, fijado por el Gobierno Nacional en virtud de la competencia asignada por la Constitución Política.

Régimen pensional y prestación aplicable los miembros de la Fuerza Pública Sistema de oscilación y reajuste del IPC (Min).

El Gobierno Nacional, en uso de sus facultades extraordinarias emanadas de la Ley 66 de 1989, expidió una serie de normas que se encargaron de regular el régimen prestacional y pensional de los miembros pertenecientes a la Fuerza Pública, entre estos, los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990 y 1091 de 1995.

Respecto del principio de oscilación, el artículo 56 del Decreto 1211 de 1990 dice lo siguiente:

“Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. El personal del nivel ejecutivo o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la Administración Pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.”

El principio de oscilación, tiene como finalidad garantizar que las pensiones reconocidas a los miembros retirados de la fuerza pública, mantengan su poder adquisitivo, recibiendo el mismo incremento anual que el Gobierno Nacional dispone para los miembros activos de la Fuerza Pública.

Posteriormente, se expidió la Ley 4º de 1992, en donde se señalan las normas, objetivos y criterios que deben observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Finalmente, la Ley 100 de 1993², estableció dentro de las excepciones para su aplicación en el artículo 279, a los miembros de la Fuerza Pública, por encontrarse en un régimen especial, no obstante, el artículo 1º de la Ley 238 de 1995, ordenó que los regímenes exceptuados no estaban excluidos de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 arriba transcrito, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:” **Parágrafo 4.** *Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.*

Así las cosas, legislador ordinario permite el reconocimiento de los beneficios de los artículos 14 y 142 de la Ley 100, a los pensionados de los regímenes exceptuados, esto es, el ajuste de su mesada pensional con base en el IPC certificado por el DANE.

En el año 2004, la Ley 923 mediante la cual se establecieron normas, objetivos y criterios que debe 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, estableció en el artículo 2 numeral 2.4 *El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas* y en el artículo 3 ibídem, determinó que *el régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo que el incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo*”.

² Que consagró el régimen general e integral de seguridad social en pensiones.

El Gobierno Nacional en uso de sus facultades, expidió 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*” y en su artículo 42 estableció el principio de oscilación determinando que las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado y que en ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El H. Consejo de Estado en sentencia del 17 de mayo de 2007³, de la Sala Plena de la Sección Segunda, mayoritariamente sostuvo que debía dársele aplicación al reajuste de la asignación de retiro con base en el artículo 14 de la Ley 100 de 1.993, haciendo de lado el reajuste con fundamento en el principio de oscilación, expresado lo siguiente:

“Por consiguiente, tratase aquí, entonces, del enfrentamiento de las previsiones de una ley marco (4ª de 1992) y de una ley ordinaria (238 de 1995) modificatoria de la ley que creó el Sistema de Seguridad Social Integral (ley 100 de 1993), que según la Caja demandada no podría “interpretarse la segunda en contravención” de la primera.

Para comenzar no se trataría simplemente de la “interpretación” de la ley 238, sino de su aplicación, porque le creó a partir de su vigencia el derecho al grupo de pensionados de los sectores arriba relacionados, entre ellos a los pensionados de la Fuerza Pública, el derecho al reajuste de sus pensiones de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor y a la mesada 14.

Ahora bien, la Sala solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y más favorable, según se verá más adelante, en lugar de una ley marco anterior y su decreto 1212 de 1990 que la desarrolla, bajo la condición de que aquella fuera incompatible con la Constitución Política, debido a que esa es la única hipótesis constitucional para dejar de aplicar una ley que no ha sido declarada inexecutable.

Y la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es más favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior.

En efecto, en el caso concreto la Sala pudo establecer que al actor le resulta más favorable el reajuste de la pensión, con base en el IPC (Ley 100 de 1993), como lo demuestra el siguiente cuadro comparativo, efectuado por el Contador de la Sección Cuarta de esta corporación, según lo dispuesto en auto proferido con fundamento en el artículo 169 del C.C.A.

Lo anterior determina, además, que frente a los alegatos del acto acusado que enfrenta el sistema de reajustes de la oscilación de las asignaciones en actividad, que según la Caja demandada deben prevalecer sobre el del artículo 14 de la ley 100, el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, que para la Sala no la hay, por lo dicho anteriormente”.

Posteriormente, el H. Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección b, el 19 de febrero de dos mil nueve (2009), con ponencia del Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, sostuvo que el reajuste de las asignaciones de retiro y de las pensiones de los miembros de la Policía con base en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, solo podría hacerse hasta el año 2004, puesto que, a partir de dicha anualidad, imperó de nuevo el principio de oscilación para el reajuste de las prestaciones en mención:

“(…) En ese orden, el ajuste de las asignaciones de retiro a partir del año de 1995 deberá hacerse con fundamento en el I.P.C. que certifique el DANE; fórmula aplicable hasta el año de 2004, en razón de que el propio Legislador volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través del artículo 3 [3.13] de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año (…)” (Resalta el Despacho)

³ H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 17 de mayo de 2007, Expediente No. 8464-05, Actor: José Jaime Tirado Castañeda, Consejero Ponente Dr. Jaime Moreno García.

El régimen de Agentes, de oficiales y suboficiales activos de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares.

La Constitución Política en sus artículos 217 y 218, señala que los Miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, gozan de un régimen especial, de igual manera, el artículo 150 numeral 19 literal e) ibídem, establece que el Congreso de la República deberá dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno a la hora de fijar el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública.

Expedida la Ley 4º de 1992 se establecieron las normas, objetivos y criterios que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública, tal y como lo preceptúa en su artículo 1º literal d).

De acuerdo a lo anterior y dando cumplimiento a lo dispuesto por el legislador se expide cada año el Decreto que fija los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, para la liquidación de los salarios del personal en actividad de las fuerzas militares y para las asignaciones de retiro, estas se reajustan anualmente de acuerdo con las variaciones que se introduzcan en las asignaciones del personal en actividad, esto es, conforme al principio de oscilación.

El Decreto 107 de 1996, “*Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (...)*”, estableció en su artículo 1º lo siguiente: “**Artículo 1.** De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4ª de 192, fijase la siguiente escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública.

Los sueldos básicos mensuales para el personal a que se refiere este artículo, corresponderán al porcentaje que se indica para cada grado, con respecto a la asignación básica del grado de General.

Oficiales	%
General	100%
Mayor General	90%
Brigadier General	80%
Coronel	60%
Teniente Coronel	44.30%
Mayo	38.60%
Capitán	30.50%
Teniente	26.70%
Subteniente	23.70%
Suboficiales	
Sargento Mayor	26.40%
Sargento Primero	22.60%
Sargento Viceprimero	19.50%
Sargento Segundo	17.40%
Cabo Primero	16.40%
Cabo Segundo	17.90%
Nivel Ejecutivo	
Comisario	45.50%
Subcomisario	38.30%
Intendente	33.90%
Subintendente	26.40%
Patrullero	20.30%

En lo que se refiere al reajuste salarial, el Gobierno Nacional ha tomado como base el porcentaje de asignación básica del grado de General cada año expidiendo los siguientes Decretos:

Decreto 122 de 1997	Decreto 407 de 2006
Decreto 058 de 1998	Decreto 1515 de 2007
Decreto 062 de 1999	Decreto 673 de 2008
Decreto 2724 de 2000	Decreto 737 de 2009
Decreto 2737 de 2001	Decreto 1530 de 2010
Decreto 745 de 2002	Decreto 1050 de 2011
Decreto 3552 de 2003	Decreto 0842 del 2012
Decreto 4158 de 2004	Decreto 1017 de 2013
Decreto 923 de 2005	Decreto 0187 de 2014

Con base en lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado, el 8 de septiembre de 2017, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el proceso con Radicación número: 25000-23-42-000-2013-06382-01(3700-14, señaló lo siguiente

*“(…) para regular los salarios del personal de la fuerza pública, el Gobierno Nacional aplica la escala gradual, razón por la cual ésta no puede ser modificada por decisión judicial, mientras que, para calcular las asignaciones de retiro, se basa en el principio de oscilación, con el fin **de mantener el equilibrio entre los incrementos efectuados al personal activo y los realizados al personal en retiro** que disfruta de una pensión o asignación de retiro. (...) el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en la Ley 4ª de 1992, es quien fija el régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública, acatando lo dispuesto en el artículo 150 de la Constitución Política; es más, **al demandante mientras estuvo en actividad se le reajustaron sus salarios de conformidad con la escala gradual porcentual**, a través de los decretos que expidió para esa época el Gobierno Nacional.” (Negrilla fuera de texto)*

De esta forma, el Gobierno Nacional al expedir anualmente los Decretos que fijan el régimen salarial busca el equilibrio entre los militares activos y los retirados.

Caso concreto

Se encuentra probado que al **SARGENTO PRIMERO @ LUIS FELIPE VILLAMIL GUAYAMBUCO**, se retiró del servicio y se reconoció asignación de retiro a partir del 3 de abril de 2018. Por lo tanto, si hubiere lugar a reconocerse algún reajuste de acuerdo con los porcentajes del I.P.C., este debe ser objeto de estudio desde el año 1997 hasta el año 2004 como lo solicita la demanda.

Ahora bien, para los años 1997 a 2004 el demandante se encontraba en servicio activo siéndole aplicable los siguientes decretos que reajustaron su asignación salarial de acuerdo a la escala gradual de cada año:

Decreto 122 de 1997
Decreto 058 de 1998
Decreto 062 de 1999
Decreto 2724 de 2000
Decreto 2737 de 2001
Decreto 745 de 2002
Decreto 3552 de 2003
Decreto 4158 de 2004

No prosperan las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que para los años reclamados el demandante mientras estuvo en actividad se le reajustaron sus salarios de conformidad con la escala gradual porcentual, a través de los decretos que expidió para esa época el Gobierno Nacional, los cuales no pueden ser modificados a través de una decisión judicial por ser una escala gradual por disposición de la Constitución Política, diferente acontece con los incrementos efectuados a las asignaciones de retiro basadas en el principio de oscilación para mantener el equilibrio entre los incrementos efectuados al personal activo y los realizados al personal en retiro que disfruta de una pensión o asignación de retiro que para los años comprendidos entre 1997 y 2004 pudieron ser modificados por vía judicial por haber sido inferiores al IPC en virtud de los dispuesto por la ley 238 de 1995 ese reajuste para los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 tuvo lugar de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, en tanto resultaba más

favorable que el establecido por el gobierno nacional, en aplicación del principio de oscilación, incidiendo dicho incremento positivamente en la base de la asignación por retiro⁴.

Conforme con el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, el reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares se efectúa conforme al principio de oscilación, esto es, con base en el incremento de los sueldos del personal en actividad cuyo aumento porcentual a su vez depende del 100% de lo que devenga un Sargento Primero en servicio activo y no con base en la prestación reconocida a un Sargento Primero en situación de retiro, por lo que no hay lugar a ordenar la reliquidación solicitada.

Así las cosas, el referente para efectuar la reliquidación de la asignación de retiro es el sueldo de los miembros de la fuerza pública en servicio activo, fijado por el Gobierno Nacional en virtud de la competencia asignada por la Constitución Política.

Sobre el particular, en reciente sentencia el Consejo de Estado⁵, ha señalado:

[...]

En reiteradas oportunidades se han venido formulando por parte de la fuerza pública reclamaciones tendientes a obtener un reajuste en la asignación de retiro, las cuales se han sustentado en la variación porcentual del índice de precios al consumidor; dichas peticiones fueron reconocidas durante los años 1997 a 2004 que fue en aquellos en los cuales se originó una diferencia en el porcentaje de incremento, entre el principio de oscilación y el IPC.

En efecto, los valores que se han reajustado en relación a las asignaciones de retiro tanto para algunos miembros de la Policía Nacional como de las Fuerzas Militares, son el resultado de acciones de tutela o de decisiones judiciales dictadas en ejercicio de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales tiene trascendencia sólo entre las partes que intervinieron en el proceso y por lo tanto no generan una obligación ni un derecho adquirido a los demás servidores de las Fuerzas Armadas o de la Policía⁶.

[...]

De lo expuesto, se concluye que las providencias por medio de las cuales se ordenó el reajuste de la asignación de retiro de algunos coroneles conforme al índice de precios al consumidor (IPC), no tienen el alcance de modificar los decretos por medio de los cuales el ejecutivo fijó los sueldos de los miembros de la fuerza pública, pues solo afectan la situación de los sujetos que actuaron dentro de dichos procesos, comoquiera que sus efectos son *inter partes*.

Costas: El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que “*Salvo en los procesos 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*”. El numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias

⁴ A partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el reajuste ya no se haría más de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, sino con aplicación del principio de oscilación, previsto en el artículo 42 del citado Decreto, pero que en todo caso, la base de la asignación de retiro a 31 de diciembre de 2004 debe contemplar el reajuste que en el pasado se ordenó con fundamento en fundamento la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004. En otras palabras, los incrementos que se efectúen sobre la asignación de retiro de un oficial o suboficial de la Fuerza Pública en retiro a partir de la entrar en vigencia el Decreto 4433 de 2004, esto es el 31 de diciembre de 2004, no pueden desconocer que dicha asignación de retiro, en su base, experimentó un incremento en virtud del reajuste que en sede judicial se ordenó, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, sobre el cual en todo caso deberá incrementarse a futuro, en virtud del principio de oscilación. Una interpretación en contrario desconocería el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos de la Constitución Política, esto es, en el inciso sexto del artículo 48 y en el inciso tercero del artículo 53, derecho que a juicio de la Sala constituye una expresión del principio de Estado Social de Derecho, de la protección especial que establece la carta Política a las personas de la tercera edad y de los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 10 de agosto de 2017, Expediente 25000-23-42-000-2013-00104-01 (3714-2014), demandante: Wilson Gerley Vallejo Garzón, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER, sentencia del veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 25000-23-42-000-2013-06375-01(2644-15), Actor: Andrés Plazas Rodríguez, Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 10 de agosto de 2017, Expediente 25000-23-42-000-2013-00104-01 (3714-2014), demandante: Wilson Gerley Vallejo Garzón, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁷, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado⁸ ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.⁹

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, en razón a que en el expediente no hay prueba sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, como **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por el señor Luis Felipe Villamil Guayambuco contra la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

TERCERO. Una vez en firme esta sentencia, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si lo hubiere. Por Secretaría del Juzgado **ARCHÍVESE** el proceso, previas las correspondientes anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

⁷ Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

⁸ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

⁹ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley” Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (regla nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Radicado No. 110013335017-2018-00341-00

Demandante: Luis Felipe Villamil Guayambuco

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación:

8cacdb494579bd10f778f4dce3b25c686080c94a5f46974b8b1c999e720e1541

Documento generado en 14/09/2020 07:05:13 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., 14 de septiembre de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00398-00

Demandante: LINA DOLORES CANEVA VASQUEZ

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES -UGPP

Tema: Reliquidación – Régimen transición ley 100 de 1993- Ley 33 de 1985

Sentencia No.30

Agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación procede el despacho a dictar **sentencia de primera instancia** dentro del medio de control de la referencia, teniendo en cuenta las siguientes:

Consideraciones

Pretensiones

1. Que se declare nulidad de las Resoluciones No.RDP 025072 de 14 de junio de 2017 y RDP 035830 DE 15 de septiembre 2017 por las cuales se niega la solicitud de reliquidación pensional conforme con la ley 33 de 1985.
2. Como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento, se solicita reliquidar la pensión efectiva a partir del 11 de febrero de 2002, fecha en la que adquirió el estatus pensional con el 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios anterior a la fecha de retiro según la Ley 33 de 1985.
3. Ordenar a la entidad demandada a reconocer y pagar las diferencias que resulten debidamente indexadas conforme con el índice de precios al consumidor.
4. El cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y ss del CPACA.
5. Se condene a la entidad demanda a costas.

Tesis del demandante: El demandante sostiene que en virtud de los principios de favorabilidad e inescindibilidad de las normas se debe aplicar de manera íntegra el contenido de la ley 33 de 1985 y no como lo hace la entidad demandada de manera parcial en cuanto la edad, tiempo de servicio y porcentaje, mas no en cuanto a los factores salariales que se deben tener en cuenta para el cálculo de la pensión, pues no es posible darle aplicación a criterios de interpretación que puedan desmejorar injustificadamente los derechos de los trabajadores públicos, a justando el reconocimiento a todos los factores salariales, los postulados sobre dignidad humana, tercera edad, la situación mas favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho y la ampliación progresiva de la seguridad social a la cual se opone una interpretación restrictiva y regresiva que se de a la forma como se deben liquidar las pensiones cuando se aplican las leyes 33 y 62 de 1985.

Tesis de la demandada: La entidad demandada se opone a que prosperen todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, en vista que no están llamadas a prosperar por carecer de sustento fáctico y legal en razón que los actos administrativos se expidieron conforme a derecho teniendo en cuenta el régimen de transición de la ley 100 de 1993. Señala que el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación 230 de 2015 dejó claro que el ingreso base de liquidación no forma parte del régimen de transición, ya que el legislador solo contempló la edad, tiempo y monto (entendido como tasa de reemplazo) como aspectos que se deben tener en cuenta del régimen anterior, por lo tanto, se debe aplicar las reglas expresamente señaladas en los incisos 2 y 3 dela artículo 36 de la ley 100(edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen anterior), pero el IBL con los 10 años o el tiempo que hiciera falta para adquirir el estatus pensional, si es menor y, los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994 (fls.61-70).

Alegatos conclusivos

La parte demandante, señala que se debe efectuar una nueva liquidación de la pensión incluyendo la totalidad de factores salariales devengados, de acuerdo con lo establecido en las normas aplicables al caso, es decir las Leyes 33 y 62 de 1985.

Indicó que las pensiones de jubilación deben liquidarse con fundamento en el correspondiente estatuto, incluyendo la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios, toda vez que reciente jurisprudencia ha dicho que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. La remuneración, para estos efectos, es todo lo percibido por el empleado o trabajador oficial por causa directa o indirecta de su vinculación laboral. Adicionalmente la sentencia SU-230 de 2015 estudia la prestación de un pensionado que ostentaba la calidad de trabajador oficial, lo cual difiere del presente caso, luego extender los efectos de ésta sentencia a los “Empleados Públicos”, resulta una expresa violación a los derechos fundamentales y al orden jurídico.

La Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social - UGPP Señala que de acuerdo al desarrollo de la parte motiva de la Sentencia C-258 de 2013, proferida por la Corte Constitucional, y por la interpretación dada por parte del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Entidad y por la Comisión Intersectorial del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las solicitudes de reconocimiento y reliquidación de pensiones de funcionarios de la Rama Judicial, Ministerio Público y Contraloría General de la Nación, y demás regímenes pensionales que conforman el régimen de transición, se resolverán de acuerdo a lo desarrollado por los artículos 21 y 36 de la Ley de 100 de 1993, es decir, se les respetara edad, tiempo y monto del régimen anterior pero se les liquidara su mesada con los últimos 10 años de servicio o el tiempo que les hiciere falta y la inclusión únicamente de los factores salariales sobre los que hubiere efectivamente realizado aportes y que se encuentren establecidos por el Decreto 1158 de 1994.

Igualmente conforme al precedente de la Corte Constitucional, en sentencia C-258 de 2013, se fijó el criterio de interpretación para la liquidación de las pensiones de régimen de transición conforme a las reglas del inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, reglas ratificadas y que se extienden a todas las pensiones reguladas por el régimen de transición, según la sentencia T-078 de 2014 y recientemente reiteradas en sentencia de unificación de aplicación erga omnes (de inmediato y obligatorio cumplimiento), SU-230 de 2015, en el cual la corte ratifica y señala que la manera de interpretar el régimen de transición es respetando los conceptos de edad, tiempo de servicios y monto, entendido como tasa de reemplazo del régimen anterior, sin que esté incluido en la transición el ingreso base de liquidación; por esta razón es que la Entidad demandada debe continuar liquidando las pensiones de este régimen de conformidad con el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100, que establece el modo para calcular el ingreso base de liquidación para aquellos beneficiarios del tránsito normativo, es decir con el promedio de lo cotizado en el tiempo que le hiciere falta o en los últimos 10 años de servicio y los factores contenidos en el Decreto 1158 de 1994, norma que fue encontrada legal por el Consejo de Estado en sentencia del 28 de febrero de 2013.

Identificación de los actos demandados: Resoluciones No.RDP 025072 de 14 de junio de 2017 y RDP 035830 DE 15 de septiembre 2017 por las cuales se niega la solicitud de reliquidación pensional conforme con la ley 33 de 1985.

Problema jurídico: El problema jurídico consiste en establecer si es procedente la nulidad de los actos administrativos demandados dado que el demandante tiene derecho a que la pensión de jubilación sea liquidada conforme con la ley 33 de 1985, esto es, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio y no como lo hace la entidad demandada, por ser beneficiario del régimen de transición de la ley 100 de 1993, o si conforme con lo argumentado por la entidad demandada, la pensión de la demandante debe ser liquidada de conformidad con los actos demandados esto es, el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta , esto es, 4 años 8 meses 1 día aplicando una tasa de reemplazo del 75% y los factores que hayan servido de base para calcular los aportes en los términos del decreto 1158 de 1994.

Hechos probados: En el expediente se encuentran demostrados los siguientes hechos:

1. La demandante nació el 11 de febrero de 1947, de acuerdo a la cédula de ciudadanía (fl.30)
2. Según el certificado expedido por el Jefe de la división de Gestión Humana del Fondo Nacional del Ahorro donde laboró el demandante desde el 29 de noviembre de 1974 hasta el 01 de diciembre de 1998, los factores salariales y prestacionales devengados en el último año de servicios fueron: asignación básica, incremento por antigüedad, bonificación por servicios, auxilio de alimentación, incremento por convención, vacaciones, horas extras diurnas, horas extras nocturnas, prima de servicio, prima de vacaciones, primas de navidad, bonificación por recreación y estímulo a la recreación (fls. 16-17).
3. Mediante Resolución No.31420 de 07 de noviembre de 2002, se reconoce y ordena el pago de una pensión de vejez al demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 liquidación efectuada con el 75% del promedio del tiempo que le hacía falta para adquirir su estatus pensional esto es, 4 años 8 meses y 1 día.
4. Por Resolución No. 37125 de 08 de noviembre de 2005, por la cual se reliquida la anterior pensión incrementando su valor a \$666.233.
5. Mediante Resolución No. RDP 025072 del 14 de junio de 2017, proferida por la UGPP, por la cual se niega la reliquidación de una pensión de vejez (fls.11-12), decisión confirmada a través de la Resolución No.RDP 035830 del 15 de septiembre de 2017 (fls.14-15).

Solución al problema jurídico: no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda con base en Sentencia de Unificación 143 del 28 de agosto de 2018¹ de la Sala Plena del Consejo de Estado, porque en virtud de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en materia de seguridad social, la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 1º y 48 constitucional modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005 del régimen de transición de la ley 100 de 1993 permite que la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto y el monto de la misma, sean las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994), tuvieran la edad de treinta y cinco (35) años en el caso de las mujeres; o cuarenta años (40) o más en el caso de los hombres; o que, indistintamente, tuvieran quince (15) o más años de servicios y, las demás condiciones y requisitos aplicables para obtener tal derecho son los contenidos con las disposiciones de la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Sala Plena Consejo de Estado con ponencia del doctor Cesar Palomino Cortés², aclara que 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.

Y para ellos, señala como primera subregla que los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es así:

-. 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.

¹ Expediente 52001233300020120014301 Ponencia Dr. CESAR PALOMINO CORTES.

² Sentencia del 28 de agosto de 2018 de la Sala de los Contenciosos Administrativo Consejo de Estado, **Expediente:** 52001-23-33-000-2012-00143-01, **Demandante:** Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, **Demandado:** Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en liquidación

Y como segunda subregla 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.³⁴

A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman 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 servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

Tomando en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no se afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho fundamental a la pensión de los habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado asumir en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia. De esta forma, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) 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 (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.⁵

Caso concreto

Las sentencias de unificación concluyen que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por el constituyente en el acto legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del sistema de seguridad social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por lo tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la ley 100 de 1993. Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la Ley de Seguridad Social en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale la Ley 4ª de 1992 y el Decreto reglamentario 1158 de 1994⁶ el cual dispone:

“El salario mensual base para calcular las cotizaciones 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;*

³ 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; en 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, con 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”.

⁴ 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 salarial en la liquidación de la mesada pensional y, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.**

⁵ En este caso no razones jurídicas o fácticas que nos obliguen a apartarnos del precedente vertical porque, por ejemplo, (i) concurren hechos o elementos normativos o doctrinarios relevantes, no valorados por el juez superior en su momento, que alteran la admisibilidad del precedente para el nuevo caso; (ii) la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunciaron de manera contraria a la interpretación del superior jerárquico; u (iii) ocurrieron cambios normativos que hicieron incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico.

⁶ Por el cual se modifica el artículo 6o del Decreto 691 de 1994.

- 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 realizado en jornada nocturna;*
- g) *La bonificación por servicios prestados;”*

La demandante para efectos de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación no gozaba de un régimen de excepción, ni se encuentra dentro del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, por no contar con más de 15 años de servicios al 29 de enero de 1985.

El demandante, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994), tenía 47 años de edad, más de 15 años de servicio, razón por la que se debe tener en cuenta, se repite la edad, el tiempo de servicio, y el monto de la Ley 33 de 1985 y el ingreso base de liquidación del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

La parte demandante solicita tanto en sede administrativa como en sede judicial que se aplique el IBL con base en la normatividad anterior a la ley 100 de 1993, esto es, la ley 33 de 1985 en consonancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado para efectos de que se tengan todos los factores devengados en el último año de servicio.

Teniendo en cuenta que el Ingreso Base de Liquidación, de las personas beneficiadas con el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, como es el caso de la demandante debe ser liquidado conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, pues con el régimen de transición consagrado en la citada ley el legislador no quiso mantener la aplicación en su totalidad de la normativa que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella y observando que la entidad demandada le reconoció la pensión de vejez a la parte actora, aplicando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es el promedio del tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho prestacional, los factores establecidos en el decreto 1158 de 1994 en un 75%, conforme con las normas aplicables al caso y al criterio fijado por la Corte Constitucional, el cual es acogido por este Despacho, es procedente negar las pretensiones de la demanda. En consecuencia, los actos administrativos acusados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los amparaba.

Costas: El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que *“Salvo en los procesos 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”*. El numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁷, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una

⁷ Cfr. La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado⁸ ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.⁹

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en razón a que en el expediente no hay prueba sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR configurada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la demandada según lo expuesto en las consideraciones de este proveído.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

TERCERO.- NO CONDENAR EN COSTAS, conforme a lo expuesto en precedencia

CUARTO.- En firme esta sentencia, **ARCHÍVESE** el proceso, previas las correspondientes anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación: 27998c443d3c0d844cd9e3b38ee33cb848c23350bf6b4266760ff51d83b7b172
Documento generado en 14/09/2020 05:01:36 p.m.

⁸ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

⁹ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C. SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., 14 de septiembre de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00398-00

Demandante: LINA DOLORES CANEVA VASQUEZ

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES -UGPP

Tema: Reliquidación – Régimen transición ley 100 de 1993- Ley 33 de 1985

Sentencia No.30

Agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación procede el despacho a dictar **sentencia de primera instancia** dentro del medio de control de la referencia, teniendo en cuenta las siguientes:

Consideraciones

Pretensiones

1. Que se declare nulidad de las Resoluciones No.RDP 025072 de 14 de junio de 2017 y RDP 035830 DE 15 de septiembre 2017 por las cuales se niega la solicitud de reliquidación pensional conforme con la ley 33 de 1985.
2. Como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento, se solicita reliquidar la pensión efectiva a partir del 11 de febrero de 2002, fecha en la que adquirió el estatus pensional con el 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios anterior a la fecha de retiro según la Ley 33 de 1985.
3. Ordenar a la entidad demandada a reconocer y pagar las diferencias que resulten debidamente indexadas conforme con el índice de precios al consumidor.
4. El cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y ss del CPACA.
5. Se condene a la entidad demanda a costas.

Tesis del demandante: El demandante sostiene que en virtud de los principios de favorabilidad e inescindibilidad de las normas se debe aplicar de manera íntegra el contenido de la ley 33 de 1985 y no como lo hace la entidad demandada de manera parcial en cuanto la edad, tiempo de servicio y porcentaje, mas no en cuanto a los factores salariales que se deben tener en cuenta para el cálculo de la pensión, pues no es posible darle aplicación a criterios de interpretación que puedan desmejorar injustificadamente los derechos de los trabajadores públicos, a justando el reconocimiento a todos los factores salariales, los postulados sobre dignidad humana, tercera edad, la situación mas favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho y la ampliación progresiva de la seguridad social a la cual se opone una interpretación restrictiva y regresiva que se de a la forma como se deben liquidar las pensiones cuando se aplican las leyes 33 y 62 de 1985.

Tesis de la demandada: La entidad demandada se opone a que prosperen todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, en vista que no están llamadas a prosperar por carecer de sustento fáctico y legal en razón que los actos administrativos se expidieron conforme a derecho teniendo en cuenta el régimen de transición de la ley 100 de 1993. Señala que el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación 230 de 2015 dejó claro que el ingreso base de liquidación no forma parte del régimen de transición, ya que el legislador solo contempló la edad, tiempo y monto (entendido como tasa de reemplazo) como aspectos que se deben tener en cuenta del régimen anterior, por lo tanto, se debe aplicar las reglas expresamente señaladas en los incisos 2 y 3 dela artículo 36 de la ley 100(edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen anterior), pero el IBL con los 10 años o el tiempo que hiciera falta para adquirir el estatus pensional, si es menor y, los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994 (fls.61-70).

Alegatos conclusivos

La parte demandante, señala que se debe efectuar una nueva liquidación de la pensión incluyendo la totalidad de factores salariales devengados, de acuerdo con lo establecido en las normas aplicables al caso, es decir las Leyes 33 y 62 de 1985.

Indicó que las pensiones de jubilación deben liquidarse con fundamento en el correspondiente estatuto, incluyendo la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios, toda vez que reciente jurisprudencia ha dicho que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. La remuneración, para estos efectos, es todo lo percibido por el empleado o trabajador oficial por causa directa o indirecta de su vinculación laboral. Adicionalmente la sentencia SU-230 de 2015 estudia la prestación de un pensionado que ostentaba la calidad de trabajador oficial, lo cual difiere del presente caso, luego extender los efectos de ésta sentencia a los “Empleados Públicos”, resulta una expresa violación a los derechos fundamentales y al orden jurídico.

La Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social - UGPP Señala que de acuerdo al desarrollo de la parte motiva de la Sentencia C-258 de 2013, proferida por la Corte Constitucional, y por la interpretación dada por parte del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Entidad y por la Comisión Intersectorial del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las solicitudes de reconocimiento y reliquidación de pensiones de funcionarios de la Rama Judicial, Ministerio Público y Contraloría General de la Nación, y demás regímenes pensionales que conforman el régimen de transición, se resolverán de acuerdo a lo desarrollado por los artículos 21 y 36 de la Ley de 100 de 1993, es decir, se les respetara edad, tiempo y monto del régimen anterior pero se les liquidara su mesada con los últimos 10 años de servicio o el tiempo que les hiciere falta y la inclusión únicamente de los factores salariales sobre los que hubiere efectivamente realizado aportes y que se encuentren establecidos por el Decreto 1158 de 1994.

Igualmente conforme al precedente de la Corte Constitucional, en sentencia C-258 de 2013, se fijó el criterio de interpretación para la liquidación de las pensiones de régimen de transición conforme a las reglas del inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, reglas ratificadas y que se extienden a todas las pensiones reguladas por el régimen de transición, según la sentencia T-078 de 2014 y recientemente reiteradas en sentencia de unificación de aplicación erga omnes (de inmediato y obligatorio cumplimiento), SU-230 de 2015, en el cual la corte ratifica y señala que la manera de interpretar el régimen de transición es respetando los conceptos de edad, tiempo de servicios y monto, entendido como tasa de reemplazo del régimen anterior, sin que esté incluido en la transición el ingreso base de liquidación; por esta razón es que la Entidad demandada debe continuar liquidando las pensiones de este régimen de conformidad con el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100, que establece el modo para calcular el ingreso base de liquidación para aquellos beneficiarios del tránsito normativo, es decir con el promedio de lo cotizado en el tiempo que le hiciere falta o en los últimos 10 años de servicio y los factores contenidos en el Decreto 1158 de 1994, norma que fue encontrada legal por el Consejo de Estado en sentencia del 28 de febrero de 2013.

Identificación de los actos demandados: Resoluciones No.RDP 025072 de 14 de junio de 2017 y RDP 035830 DE 15 de septiembre 2017 por las cuales se niega la solicitud de reliquidación pensional conforme con la ley 33 de 1985.

Problema jurídico: El problema jurídico consiste en establecer si es procedente la nulidad de los actos administrativos demandados dado que el demandante tiene derecho a que la pensión de jubilación sea liquidada conforme con la ley 33 de 1985, esto es, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio y no como lo hace la entidad demandada, por ser beneficiario del régimen de transición de la ley 100 de 1993, o si conforme con lo argumentado por la entidad demandada, la pensión de la demandante debe ser liquidada de conformidad con los actos demandados esto es, el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta, esto es, 4 años 8 meses 1 día aplicando una tasa de reemplazo del 75% y los factores que hayan servido de base para calcular los aportes en los términos del decreto 1158 de 1994.

Hechos probados: En el expediente se encuentran demostrados los siguientes hechos:

1. La demandante nació el 11 de febrero de 1947, de acuerdo a la cédula de ciudadanía (fl.30)
2. Según el certificado expedido por el Jefe de la división de Gestión Humana del Fondo Nacional del Ahorro donde laboró el demandante desde el 29 de noviembre de 1974 hasta el 01 de diciembre de 1998, los factores salariales y prestacionales devengados en el último año de servicios fueron: asignación básica, incremento por antigüedad, bonificación por servicios, auxilio de alimentación, incremento por convención, vacaciones, horas extras diurnas, horas extras nocturnas, prima de servicio, prima de vacaciones, primas de navidad, bonificación por recreación y estímulo a la recreación (fls. 16-17).
3. Mediante Resolución No.31420 de 07 de noviembre de 2002, se reconoce y ordena el pago de una pensión de vejez al demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 liquidación efectuada con el 75% del promedio del tiempo que le hacía falta para adquirir su estatus pensional esto es, 4 años 8 meses y 1 día.
4. Por Resolución No. 37125 de 08 de noviembre de 2005, por la cual se reliquida la anterior pensión incrementando su valor a \$666.233.
5. Mediante Resolución No. RDP 025072 del 14 de junio de 2017, proferida por la UGPP, por la cual se niega la reliquidación de una pensión de vejez (fls.11-12), decisión confirmada a través de la Resolución No.RDP 035830 del 15 de septiembre de 2017 (fls.14-15).

Solución al problema jurídico: no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda con base en Sentencia de Unificación 143 del 28 de agosto de 2018¹ de la Sala Plena del Consejo de Estado, porque en virtud de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en materia de seguridad social, la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 1º y 48 constitucional modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005 del régimen de transición de la ley 100 de 1993 permite que la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto y el monto de la misma, sean las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994), tuvieran la edad de treinta y cinco (35) años en el caso de las mujeres; o cuarenta años (40) o más en el caso de los hombres; o que, indistintamente, tuvieran quince (15) o más años de servicios y, las demás condiciones y requisitos aplicables para obtener tal derecho son los contenidos con las disposiciones de la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Sala Plena Consejo de Estado con ponencia del doctor Cesar Palomino Cortés², aclara que 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.

Y para ellos, señala como primera subregla que los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es así:

-. 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.

¹ Expediente 52001233300020120014301 Ponencia Dr. CESAR PALOMINO CORTES.

² Sentencia del 28 de agosto de 2018 de la Sala de los Contenciosos Administrativo Consejo de Estado, **Expediente:** 52001-23-33-000-2012-00143-01, **Demandante:** Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, **Demandado:** Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en liquidación

Y como segunda subregla 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.³⁴

A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman 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 servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

Tomando en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no se afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho fundamental a la pensión de los habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado asumir en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia. De esta forma, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) 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 (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.⁵

Caso concreto

Las sentencias de unificación concluyen que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por el constituyente en el acto legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del sistema de seguridad social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por lo tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la ley 100 de 1993. Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la Ley de Seguridad Social en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale la Ley 4ª de 1992 y el Decreto reglamentario 1158 de 1994⁶ el cual dispone:

“El salario mensual base para calcular las cotizaciones 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;*

³ 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; en 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, con 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”.

⁴ 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 salarial en la liquidación de la mesada pensional y, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.**

⁵ En este caso no razones jurídicas o fácticas que nos obliguen a apartarnos del precedente vertical porque, por ejemplo, (i) concurren hechos o elementos normativos o doctrinarios relevantes, no valorados por el juez superior en su momento, que alteran la admisibilidad del precedente para el nuevo caso; (ii) la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunciaron de manera contraria a la interpretación del superior jerárquico; u (iii) ocurrieron cambios normativos que hicieron incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico.

⁶ Por el cual se modifica el artículo 6o del Decreto 691 de 1994.

- 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 realizado en jornada nocturna;*
- g) *La bonificación por servicios prestados;”*

La demandante para efectos de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación no gozaba de un régimen de excepción, ni se encuentra dentro del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, por no contar con más de 15 años de servicios al 29 de enero de 1985.

El demandante, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994), tenía 47 años de edad, más de 15 años de servicio, razón por la que se debe tener en cuenta, se repite la edad, el tiempo de servicio, y el monto de la Ley 33 de 1985 y el ingreso base de liquidación del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

La parte demandante solicita tanto en sede administrativa como en sede judicial que se aplique el IBL con base en la normatividad anterior a la ley 100 de 1993, esto es, la ley 33 de 1985 en consonancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado para efectos de que se tengan todos los factores devengados en el último año de servicio.

Teniendo en cuenta que el Ingreso Base de Liquidación, de las personas beneficiadas con el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, como es el caso de la demandante debe ser liquidado conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, pues con el régimen de transición consagrado en la citada ley el legislador no quiso mantener la aplicación en su totalidad de la normativa que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella y observando que la entidad demandada le reconoció la pensión de vejez a la parte actora, aplicando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es el promedio del tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho prestacional, los factores establecidos en el decreto 1158 de 1994 en un 75%, conforme con las normas aplicables al caso y al criterio fijado por la Corte Constitucional, el cual es acogido por este Despacho, es procedente negar las pretensiones de la demanda. En consecuencia, los actos administrativos acusados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los amparaba.

Costas: El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que *“Salvo en los procesos 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”*. El numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁷, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una

⁷ Cfr. La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el párrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado⁸ ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.⁹

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en razón a que en el expediente no hay prueba sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR configurada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la demandada según lo expuesto en las consideraciones de este proveído.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

TERCERO.- NO CONDENAR EN COSTAS, conforme a lo expuesto en precedencia

CUARTO.- En firme esta sentencia, **ARCHÍVESE** el proceso, previas las correspondientes anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación: 27998c443d3c0d844cd9e3b38ee33cb848c23350bf6b4266760ff51d83b7b172
Documento generado en 14/09/2020 05:01:36 p.m.

⁸ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

⁹ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C. SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Sentencia No.36

Radicación: 1100133335017-2018-00341-00
Demandante: Luis Jaime Rodríguez Torres
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema: Reajuste AR con base en el reajuste de la AA conforme I.P.C.

Escuchados los alegatos de las partes y evidenciando que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral propuesto por el señor Luis Jaime Rodríguez Torres contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR, teniendo en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES

Pretensiones:

- 1.- Se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios No. S-2018-030042/ANOPA-GRULI-1.10 del 01 de junio de 2018, proferido por la Policía Nacional y No. E-01524-201808678-CASUR id:325012 del 15 de Mayo de 2018, proferido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante los cuales se negó el reajuste y actualización de los sueldos básicos en los años 1997, 1999, 2002 y consecuentemente el reajuste de la asignación de retiro.
- 2.- A consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Policía Nacional reajustar la asignación básica que percibió el demandante, durante los años 1997, 1999 y 2002, adicionando los porcentajes correspondientes a la diferencia existente entre el incremento efectuado por el Gobierno Nacional y el IPC del año inmediatamente anterior, lo cual deberá afectar los sueldos básicos, hasta la fecha del retiro del servicio activo del demandante, con la correspondiente modificación de la hoja de servicios.
- 3.- Ordenar, a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, que proceda a aplicar los reajustes anuales a partir del momento en que se le reconoció la asignación de retiro al actor, tomando como base los nuevos valores de la asignación básica, en los mismos porcentajes y proporciones en que se incrementaron los sueldos básicos de acuerdo a los decretos, mediante los cuales el Gobierno Nacional fijo anualmente los sueldos básicos al personal de la fuerza pública.
- 4.- Condenar a la demandada CASUR, a pagar las diferencias que resulten entre lo efectivamente pagado y lo que se debió haber pagado, sumas debidamente indexadas, por concepto del reajuste de la asignación básica, desde el momento en que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo su pago, a fin de preservar el poder adquisitivo de estos valores, con la inclusión en nómina.
- 5.- Ordenar a la demandada dar cumplimiento al fallo dentro de los términos previstos en los artículos 192 a 195 del C.P.A.C.A.

Tesis del demandante: Destaca que las disposiciones quebrantadas vienen siendo desconocidas desde el año 1997 a la fecha, desatendiendo los derechos de los trabajadores, y en este caso en concreto del personal de la Fuerza Pública, por cuanto no se les reconoció y mucho menos canceló sus salarios y por consecuencia su asignación de retiro en la debida forma establecida en la Constitución Política, por lo que el reajuste salarial anual para el periodo comprendido entre 1997 y 2004 se efectuó en forma inferior a lo determinado por el DANE, como el Índice de Precios al Consumidor-IPC que mide el costo de vida.

Tesis de la demandada Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional: Señala que el acto demandado no se produjo por capricho de la entidad sino en aplicación de la norma que cobijaba al demandante, y el

ajuste se ha hecho durante todos los años, de acuerdo a lo ordenado por la ley para cada anualidad de conformidad con los decretos expedidos por el Gobierno Nacional.

Concluye que, si en gracia de discusión el demandante pretende la aplicación de una norma más favorable deberá someterse íntegramente a esta, debiendo liquidarse y ajustarse la prestación en los términos que refiere el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 tomando el IPC de forma permanente hacia el futuro.

Tesis de la demandada Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR: Indica que al actor se le ha reajustado su asignación mensual de retiro a partir del 01/01/2005 conforme lo estipula el decreto 4433 de 2004 y demás que regulan la materia y periódicamente incrementan la asignación para que no sufra devaluación monetaria.

Destaca que para el reajuste de las asignaciones mensuales de retiro se dieron entre los periodos 1997 a 2004, mientras se establecía la escala gradual porcentual y para el efecto se tiene que el actor para los años que pretende el reajuste se encontraba activo en la Policía Nacional, sin embargo CASUR ha dado cumplimiento a los reajustes ordenados en virtud del principio de oscilación establecido (fls.73-83 y 90-100).

Problema jurídico: El problema jurídico consiste en establecer si es procedente ordenar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional la reliquidación de la asignación por actividad para los años 1997, 1999 y 2002 en los términos en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, con ocasión a ello, si es procedente el reajuste de la asignación por retiro desde su efectividad, teniendo en cuenta la nueva base salarial y, el consecuente pago de los retroactivos a que haya lugar.

Solución al problema jurídico: No prosperan las pretensiones de la demanda en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR teniendo en cuenta que para los años reclamados el demandante mientras estuvo en actividad se le reajustaron sus salarios de conformidad con la escala gradual porcentual, a través de los decretos que expidió para esa época el Gobierno Nacional, los cuales no pueden ser modificados a través de una decisión judicial por ser una escala gradual por disposición de la Constitución Política, diferente acontece con los incrementos efectuados a las asignaciones de retiro basadas en el principio de oscilación para mantener el equilibrio entre los incrementos efectuados al personal activo y los realizados al personal en retiro que disfruta de una pensión o asignación de retiro que para los años comprendidos entre 1997 y 2004 pudieron ser modificados por vía judicial por haber sido inferiores al IPC en virtud de lo dispuesto por la Ley 238 de 1995 ese reajuste para los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 tuvo lugar de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, en tanto resultaba más favorable que el establecido por el gobierno nacional, en aplicación del principio de oscilación, incidiendo dicho incremento positivamente en la base de la asignación por retiro¹.

Conforme con el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, el reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares se efectúa conforme al principio de oscilación, esto es, con base en el incremento de los sueldos del personal en actividad cuyo aumento porcentual a su vez depende del 100% de lo que devenga un coronel en servicio activo y no con base en la prestación reconocida a un Coronel en situación de retiro, por lo que no hay lugar a ordenar la reliquidación solicitada.

¹ A partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el reajuste ya no se haría más de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, sino con aplicación del principio de oscilación, previsto en el artículo 42 del citado Decreto, pero que en todo caso, la base de la asignación de retiro a 31 de diciembre de 2004 debe contemplar el reajuste que en el pasado se ordenó con fundamento en fundamento la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004. En otras palabras, los incrementos que se efectúen sobre la asignación de retiro de un oficial o suboficial de la Fuerza Pública en retiro a partir de la entrar en vigencia el Decreto 4433 de 2004, esto es el 31 de diciembre de 2004, no pueden desconocer que dicha asignación de retiro, en su base, experimentó un incremento en virtud del reajuste que en sede judicial se ordenó con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, sobre el cual en todo caso deberá incrementarse a futuro, en virtud del principio de oscilación. Una interpretación en contrario desconocería el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos de la Constitución Política, esto es, en el inciso sexto del artículo 48 y en el inciso tercero del artículo 53, derecho que a juicio de la Sala constituye una expresión del principio de Estado Social de Derecho, de la protección especial que establece la carta Política a las personas de la tercera edad y de los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 10 de agosto de 2017, Expediente 25000-23-42-000-2013-00104-01 (3714-2014), demandante: Wilson Gerley Vallejo Garzón, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

Así las cosas, el referente para efectuar la reliquidación de la asignación de retiro es el sueldo de los miembros de la fuerza pública en servicio activo, fijado por el Gobierno Nacional en virtud de la competencia asignada por la Constitución Política.

Régimen pensional y prestación aplicable los miembros de la Fuerza Pública Sistema de oscilación y reajuste del IPC

El Gobierno Nacional, en uso de sus facultades extraordinarias emanadas de la Ley 66 de 1989, expidió una serie de normas que se encargaron de regular el régimen prestacional y pensional de los miembros pertenecientes a la Fuerza Pública, entre estos, los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990 y 1091 de 1995.

Respecto del principio de oscilación, el artículo 56 del Decreto 1211 de 1990 dice lo siguiente:

“Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. El personal del nivel ejecutivo o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la Administración Pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.”

El principio de oscilación, tiene como finalidad garantizar que las pensiones reconocidas a los miembros retirados de la fuerza pública, mantengan su poder adquisitivo, recibiendo el mismo incremento anual que el Gobierno Nacional dispone para los miembros activos de la Fuerza Pública.

Posteriormente, se expidió la Ley 4º de 1992, en donde se señalan las normas, objetivos y criterios que deben observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Finalmente, la Ley 100 de 1993², estableció dentro de las excepciones para su aplicación en el artículo 279, a los miembros de la Fuerza Pública, por encontrarse en un régimen especial, no obstante, el artículo 1º de la Ley 238 de 1995, ordenó que los regímenes exceptuados no estaban excluidos de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 arriba transcrito, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:” **Parágrafo 4.** *Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.*

Así las cosas, legislador ordinario permite el reconocimiento de los beneficios de los artículos 14 y 142 de la Ley 100, a los pensionados de los regímenes exceptuados, esto es, el ajuste de su mesada pensional con base en el IPC certificado por el DANE.

En el año 2004, la Ley 923 mediante la cual se establecieron normas, objetivos y criterios que debe 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, estableció en el artículo 2 numeral 2.4 *El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas*” y en el artículo 3 ibídem, determinó que *el régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo que el incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo”.*

El Gobierno Nacional en uso de sus facultades, expidió 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”* y en su artículo 42 estableció el principio de oscilación determinando que las asignaciones de retiro y las pensiones

² Que consagró el régimen general e integral de seguridad social en pensiones.

contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado y que en ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El H. Consejo de Estado en sentencia del 17 de mayo de 2007³, de la Sala Plena de la Sección Segunda, mayoritariamente sostuvo que debía dársele aplicación al reajuste de la asignación de retiro con base en el artículo 14 de la Ley 100 de 1.993, haciendo de lado el reajuste con fundamento en el principio de oscilación, expresado lo siguiente:

“Por consiguiente, tratase aquí, entonces, del enfrentamiento de las previsiones de una ley marco (4ª de 1992) y de una ley ordinaria (238 de 1995) modificatoria de la ley que creó el Sistema de Seguridad Social Integral (ley 100 de 1993), que según la Caja demandada no podría “interpretarse la segunda en contravención” de la primera.

Para comenzar no se trataría simplemente de la “interpretación” de la ley 238, sino de su aplicación, porque le creó a partir de su vigencia el derecho al grupo de pensionados de los sectores arriba relacionados, entre ellos a los pensionados de la Fuerza Pública, el derecho al reajuste de sus pensiones de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor y a la mesada 14.

Ahora bien, la Sala solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y más favorable, según se verá más adelante, en lugar de una ley marco anterior y su decreto 1212 de 1990 que la desarrolla, bajo la condición de que aquella fuera incompatible con la Constitución Política, debido a que esa es la única hipótesis constitucional para dejar de aplicar una ley que no ha sido declarada inexecutable.

Y la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es más favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior.

En efecto, en el caso concreto la Sala pudo establecer que al actor le resulta más favorable el reajuste de la pensión, con base en el IPC (Ley 100 de 1993), como lo demuestra el siguiente cuadro comparativo, efectuado por el Contador de la Sección Cuarta de esta corporación, según lo dispuesto en auto proferido con fundamento en el artículo 169 del C.C.A.

Lo anterior determina, además, que frente a los alegatos del acto acusado que enfrenta el sistema de reajustes de la oscilación de las asignaciones en actividad, que según la Caja demandada deben prevalecer sobre el del artículo 14 de la ley 100, el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, que para la Sala no la hay, por lo dicho anteriormente”.

Posteriormente, el H. Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección b, el 19 de febrero de dos mil nueve (2009), con ponencia del Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, sostuvo que el reajuste de las asignaciones de retiro y de las pensiones de los miembros de la Policía con base en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, solo podría hacerse hasta el año 2004, puesto que, a partir de dicha anualidad, imperó de nuevo el principio de oscilación para el reajuste de las prestaciones en mención:

“ (...) En ese orden, el ajuste de las asignaciones de retiro a partir del año de 1995 deberá hacerse con fundamento en el I.P.C. que certifique el DANE; fórmula aplicable hasta el año de 2004, en razón de que el propio Legislador volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través del artículo 3 [3.13] de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año (...)” (Resalta el Despacho)

El régimen de Agentes, de oficiales y suboficiales activos de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares.

La Constitución Política en sus artículos 217 y 218, señala que los Miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, gozan de un régimen especial, de igual manera, el artículo 150 numeral 19 literal e) ibídem,

³ H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 17 de mayo de 2007, Expediente No. 8464-05, Actor: José Jaime Tirado Castañeda, Consejero Ponente Dr. Jaime Moreno García.

establece que el Congreso de la República deberá dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno a la hora de fijar el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública.

Expedida la Ley 4° de 1992 se establecieron las normas, objetivos y criterios que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública, tal y como lo preceptúa en su artículo 1° literal d).

De acuerdo a lo anterior y dando cumplimiento a lo dispuesto por el legislador se expide cada año el Decreto que fija los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, para la liquidación de los salarios del personal en actividad de las fuerzas militares y para las asignaciones de retiro, estas se reajustan anualmente de acuerdo con las variaciones que se introduzcan en las asignaciones del personal en actividad, esto es, conforme al principio de oscilación.

El Decreto 107 de 1996, “*Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (...)*”, estableció en su artículo 1° lo siguiente: “**Artículo 1.** De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4ª de 192, fijase la siguiente escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública.

Los sueldos básicos mensuales para el personal a que se refiere este artículo, corresponderán al porcentaje que se indica para cada grado, con respecto a la asignación básica del grado de General.

Oficiales	%
General	100%
Mayor General	90%
Brigadier General	80%
Coronel	60%
Teniente Coronel	44.30%
Mayor	38.60%
Capitán	30.50%
Teniente	26.70%
Subteniente	23.70%
Suboficiales	
Sargento Mayor	26.40%
Sargento Primero	22.60%
Sargento Viceprimero	19.50%
Sargento Segundo	17.40%
Cabo Primero	16.40%
Cabo Segundo	17.90%
Nivel Ejecutivo	
Comisario	45.50%
Subcomisario	38.30%
Intendente	33.90%
Subintendente	26.40%
Patrullero	20.30%
Agentes de los cuerpos profesional y profesional especial de la Policía Nacional	
Con antigüedad inferior a 5 años de servicio	15.59%
Con antigüedad de 5 años y hasta menos de 10	18.35%
Con antigüedad de 10 o más años de servicio	18.81%

En lo que se refiere al reajuste salarial, el Gobierno Nacional ha tomado como base el porcentaje de

asignación básica del grado de General cada año expidiendo los siguientes Decretos:

Decreto 122 de 1997	Decreto 407 de 2006
Decreto 058 de 1998	Decreto 1515 de 2007
Decreto 062 de 1999	Decreto 673 de 2008
Decreto 2724 de 2000	Decreto 737 de 2009
Decreto 2737 de 2001	Decreto 1530 de 2010
Decreto 745 de 2002	Decreto 1050 de 2011
Decreto 3552 de 2003	Decreto 0842 del 2012
Decreto 4158 de 2004	Decreto 1017 de 2013
Decreto 923 de 2005	Decreto 0187 de 2014

Con base en lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado, el 8 de septiembre de 2017, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el proceso con Radicación número: 25000-23-42-000-2013-06382-01(3700-14, señaló lo siguiente

*“(…) para regular los salarios del personal de la fuerza pública, el Gobierno Nacional aplica la escala gradual, razón por la cual ésta no puede ser modificada por decisión judicial, mientras que, para calcular las asignaciones de retiro, se basa en el principio de oscilación, con el fin **de mantener el equilibrio entre los incrementos efectuados al personal activo y los realizados al personal en retiro** que disfruta de una pensión o asignación de retiro. (...) el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en la Ley 4ª de 1992, es quien fija el régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública, acatando lo dispuesto en el artículo 150 de la Constitución Política; es más, **al demandante mientras estuvo en actividad se le reajustaron sus salarios de conformidad con la escala gradual porcentual**, a través de los decretos que expidió para esa época el Gobierno Nacional.” (Negrilla fuera de texto)*

De esta forma, el Gobierno Nacional al expedir anualmente los Decretos que fijan el régimen salarial busca el equilibrio entre los militares activos y los retirados.

Caso concreto

Se encuentra probado que al **AGENTE @ LUIS JAIME RODRÍGUEZ TORRES**, se retiró del servicio y se reconoció asignación de retiro a partir del 3 de diciembre de 2010. Por lo tanto, si hubiere lugar a reconocerse algún reajuste de acuerdo con los porcentajes del I.P.C., este debe ser objeto de estudio desde el año 1997 hasta el año 2004 como lo solicita la demanda.

Ahora bien, para los años 1997 a 2004 el demandante se encontraba en servicio activo siéndole aplicable los siguientes decretos que reajustaron su asignación salarial de acuerdo a la escala gradual de cada año:

Decreto 122 de 1997
Decreto 058 de 1998
Decreto 062 de 1999
Decreto 2724 de 2000
Decreto 2737 de 2001
Decreto 745 de 2002
Decreto 3552 de 2003
Decreto 4158 de 2004

No prosperan las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que para los años reclamados el demandante mientras estuvo en actividad se le reajustaron sus salarios de conformidad con la escala gradual porcentual, a través de los decretos que expidió para esa época el Gobierno Nacional, los cuales no pueden ser modificados a través de una decisión judicial por ser una escala gradual por disposición de la Constitución Política, diferente acontece con los incrementos efectuados a las asignaciones de retiro basadas en el principio de oscilación para mantener el equilibrio entre los incrementos efectuados al personal activo y los realizados al personal en retiro que disfruta de una pensión o asignación de retiro que para los años comprendidos entre 1997 y 2004 pudieron ser modificados por vía judicial por haber sido inferiores al IPC en

virtud de lo dispuesto por la ley 238 de 1995 ese reajuste para los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 tuvo lugar de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, en tanto resultaba más favorable que el establecido por el gobierno nacional, en aplicación del principio de oscilación, incidiendo dicho incremento positivamente en la base de la asignación por retiro⁴.

Conforme con el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, el reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares se efectúa conforme al principio de oscilación, esto es, con base en el incremento de los sueldos del personal en actividad cuyo aumento porcentual a su vez depende del 100% de lo que devenga un Mayor en servicio activo y no con base en la prestación reconocida a un Mayor en situación de retiro, por lo que no hay lugar a ordenar la reliquidación solicitada.

Así las cosas, el referente para efectuar la reliquidación de la asignación de retiro es el sueldo de los miembros de la fuerza pública en servicio activo, fijado por el Gobierno Nacional en virtud de la competencia asignada por la Constitución Política.

Sobre el particular, en reciente sentencia el Consejo de Estado⁵, ha señalado:

[...]

En reiteradas oportunidades se han venido formulando por parte de la fuerza pública reclamaciones tendientes a obtener un reajuste en la asignación de retiro, las cuales se han sustentado en la variación porcentual del índice de precios al consumidor; dichas peticiones fueron reconocidas durante los años 1997 a 2004 que fue en aquellos en los cuales se originó una diferencia en el porcentaje de incremento, entre el principio de oscilación y el IPC.

En efecto, los valores que se han reajustado en relación a las asignaciones de retiro tanto para algunos miembros de la Policía Nacional como de las Fuerzas Militares, son el resultado de acciones de tutela o de decisiones judiciales dictadas en ejercicio de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales tiene trascendencia sólo entre las partes que intervinieron en el proceso y por lo tanto no generan una obligación ni un derecho adquirido a los demás servidores de las Fuerzas Armadas o de la Policía⁶.

[...]

De lo expuesto, se concluye que las providencias por medio de las cuales se ordenó el reajuste de la asignación de retiro de algunos coroneles conforme al índice de precios al consumidor (IPC), no tienen el alcance de modificar los decretos por medio de los cuales el ejecutivo fijó los sueldos de los miembros de la fuerza pública, pues solo afectan la situación de los sujetos que actuaron dentro de dichos procesos, comoquiera que sus efectos son *inter partes*.

Costas: El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que “Salvo en los procesos 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”. El numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un

⁴ A partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el reajuste ya no se haría más de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, sino con aplicación del principio de oscilación, previsto en el artículo 42 del citado Decreto, pero que en todo caso, la base de la asignación de retiro a 31 de diciembre de 2004 debe contemplar el reajuste que en el pasado se ordenó con fundamento en fundamento la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004. En otras palabras, los incrementos que se efectúen sobre la asignación de retiro de un oficial o suboficial de la Fuerza Pública en retiro a partir de la entrar en vigencia el Decreto 4433 de 2004, esto es el 31 de diciembre de 2004, no pueden desconocer que dicha asignación de retiro, en su base, experimentó un incremento en virtud del reajuste que en sede judicial se ordenó, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, sobre el cual en todo caso deberá incrementarse a futuro, en virtud del principio de oscilación. Una interpretación en contrario desconocería el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos de la Constitución Política, esto es, en el inciso sexto del artículo 48 y en el inciso tercero del artículo 53, derecho que a juicio de la Sala constituye una expresión del principio de Estado Social de Derecho, de la protección especial que establece la carta Política a las personas de la tercera edad y de los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 10 de agosto de 2017, Expediente 25000-23-42-000-2013-00104-01 (3714-2014), demandante: Wilson Gerley Vallejo Garzón, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER, sentencia del veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 25000-23-42-000-2013-06375-01(2644-15), Actor: Andrés Plazas Rodríguez, Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 10 de agosto de 2017, Expediente 25000-23-42-000-2013-00104-01 (3714-2014), demandante: Wilson Gerley Vallejo Garzón, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁷, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado⁸ ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.⁹

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, en razón a que en el expediente no hay prueba sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, como **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por el señor Luis Jaime Rodríguez Torres contra la **Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional** y la **Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

TERCERO. Una vez en firme esta sentencia, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si lo hubiere. Por Secretaría del Juzgado **ARCHÍVESE** el proceso, previas las correspondientes anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

⁷ Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

⁸ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

⁹ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley” Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (regla nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Radicado No. 110013335017-2018-00341-00

Demandante: Luis Jaime Rodríguez Torres

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación:

d6c662f88cc8bd2a4d8206424541877190317445769629b71402ca0a132dd1fd

Documento generado en 14/09/2020 07:14:20 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Sentencia No. 42

Radicación: 1100133335017-2018-00161
Demandante: Edgar Mauricio Gómez Rodríguez
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema: Reajuste AR con base en el reajuste de la AA conforme I.P.C.

Escuchados los alegatos de las partes y evidenciando que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral propuesto por el señor Edgar Mauricio Gómez Rodríguez contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, teniendo en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES

Pretensiones:

1.- Que se decrete la nulidad del acto administrativo No.20173440223851 del 17 -11- 2017/MDN-CGFM-FAC-COFAC-JEMFA-JED-DIPRE-ASEJU-1-10 expedido por la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Fuerza Aérea Colombiana - Dirección de Prestaciones Sociales y como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordene:

1.1.- Que al sueldo, las primas legales y convencionales, las vacaciones, las cesantías y demás prestaciones sociales del Señor Suboficial Edgar Mauricio Gómez Rodríguez, se le computen los porcentajes del Índice de Precios al Consumidor certificados por el DANE en los años que dicho porcentaje de aumento estuvo por encima del aplicado a las fuerzas militares, es decir desde el año 1997.

1.2.- Que como consecuencia de lo anterior se ordene la reliquidación del sueldo, las primas legales y convencionales, las vacaciones, cesantías y demás prestaciones sociales incorporando los porcentajes del IPC dejados de incluir en la asignación básica desde 1.997 hasta la fecha del pago efectivo.

1.3.- Que como consecuencia de lo anterior se ordene la reliquidación de la asignación de retiro, incorporando los porcentajes del IPC dejados de incluir en la asignación básica desde 1.997 hasta la fecha del pago efectivo.

1.4.- Que como consecuencia de lo anterior, se tenga en cuenta la nueva asignación básica reajustada para el cómputo con retroactividad de los valores adeudados correspondientes a la aplicación de las otras primas que constituyen parte integral de la asignación de retiro.

1.5.- Que se cancelen con retroactividad todos los valores adeudados en forma indexada, dando aplicación al artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

1.6.- Se ordene a quien corresponda expedir la liquidación correspondiente a la asignación salarial y de pensión con los respectivos ajustes, de acuerdo al Índice de Precios al Consumidor (IPC) por los años 1997 a 2018

Tesis del demandante: El accionante señala que el acto administrativo demandado viola los artículos 2, 4, 13, 23, 48 y 53 de la Constitución Política Nacional, así mismo transgrede el parágrafo 4° del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de igual forma desconoce el precedente jurisprudencial tanto del Consejo de Estado en Sentencia con Radicado No. 25002325000-2006-00443-01, y de la Corte Constitucional en Sentencias C-131 de 1993 y C-836 de 2001.

Precisa que la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Fuerza Aérea Colombiana Dirección de Prestaciones Sociales motiva falsamente el acto demandado, pues el desconocimiento y la falta de aplicación de la normatividad de la ley 238 de 1995, la cual adicionó el parágrafo 4° del artículo 279 de la ley 100 de 1993, ha ocasionado un detrimento en el patrimonio del demandante en su asignación de retiro de un 20.31%.

Tesis de la demandada Nación – Ministerio de Defensa Nacional: Señala que de acuerdo con la sentencia C-432 de 2004 de la Corte Constitucional el régimen prestacional de la fuerza pública es un régimen especial

y no puede ser regulado ni por una ley ordinaria, ni por decretos expedidos en uso de facultades extraordinarias, por lo que concluye que la Ley 4° de 1992 y sus decretos reglamentarios constituyen una unidad con categoría de norma especial cuyas disposiciones no pueden ser variadas por una norma ordinaria como la Ley 100 de 1993.

Destaca que el principio de oscilación se constituye en la forma de reajuste de la asignación de retiro contemplada en el régimen especial al cual pertenecen los miembros de las FFMM y con el cual se busca que no existan diferencias entre los sueldos básicos en servicio activo y en situación de retiro; por lo que incrementar la asignación de retiro como pretende el demandante rompe el principio de oscilación previsto en el régimen especial y generaría una desigualdad entre los demás militares retirados y en actividad (fls.157-168).

Alegatos conclusivos :

La entidad demandada señala la imposibilidad jurídica de reajustar una asignación básica mensual con base en el IPC, pues el demandante fue retirado del servicio de la Fuerza Aérea, mediante Resolución No 068 del 04 de febrero del 2016 y le fue reconocida la asignación de retiro a través de Resolución No 3459 del 11 de mayo de 2016, por tanto no le es aplicable lo dispuesto en la ley 238 de 1995, conforme a la demanda pues para ese lapso no se encontraba devengando asignación de retiro, requisito indispensable para estar cobijado por dicha norma, pues la misma va dirigida a quienes estén percibiendo dicha prestación social

Problema jurídico: El problema jurídico consiste en establecer si es procedente ordenar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional la reliquidación de la asignación por actividad en el periodo comprendido entre 1997 y 2004 en los términos en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, con ocasión a ello, si es procedente el reajuste de la asignación por retiro desde su efectividad, teniendo en cuenta la nueva base salarial y, el consecuente pago de los retroactivos a que haya lugar.

Solución al problema jurídico: No prosperan las pretensiones de la demanda en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional teniendo en cuenta que para los años reclamados el demandante mientras estuvo en actividad se le reajustaron sus salarios de conformidad con la escala gradual porcentual, a través de los decretos que expidió para esa época el Gobierno Nacional, los cuales no pueden ser modificados a través de una decisión judicial por ser una escala gradual por disposición de la Constitución Política, diferente acontece con los incrementos efectuados a las asignaciones de retiro basadas en el principio de oscilación para mantener el equilibrio entre los incrementos efectuados al personal activo y los realizados al personal en retiro que disfruta de una pensión o asignación de retiro que para los años comprendidos entre 1997 y 2004 pudieron ser modificados por vía judicial por haber sido inferiores al IPC en virtud de lo dispuesto por la Ley 238 de 1995 ese reajuste para los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 tuvo lugar de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, en tanto resultaba más favorable que el establecido por el gobierno nacional, en aplicación del principio de oscilación, incidiendo dicho incremento positivamente en la base de la asignación por retiro¹.

Conforme con el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, el reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares se efectúa conforme al principio de oscilación, esto es, con base en el

¹ A partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el reajuste ya no se haría más de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, sino con aplicación del principio de oscilación, previsto en el artículo 42 del citado Decreto, pero que en todo caso, la base de la asignación de retiro a 31 de diciembre de 2004 debe contemplar el reajuste que en el pasado se ordenó con fundamento en fundamento la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004. En otras palabras, los incrementos que se efectúen sobre la asignación de retiro de un oficial o suboficial de la Fuerza Pública en retiro a partir de la entrar en vigencia el Decreto 4433 de 2004, esto es el 31 de diciembre de 2004, no pueden desconocer que dicha asignación de retiro, en su base, experimentó un incremento en virtud del reajuste que en sede judicial se ordenó con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, sobre el cual en todo caso deberá incrementarse a futuro, en virtud del principio de oscilación. Una interpretación en contrario desconocería el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos de la Constitución Política, esto es, en el inciso sexto del artículo 48 y en el inciso tercero del artículo 53, derecho que a juicio de la Sala constituye una expresión del principio de Estado Social de Derecho, de la protección especial que establece la carta Política a las personas de la tercera edad y de los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 10 de agosto de 2017, Expediente 25000-23-42-000-2013-00104-01 (3714-2014), demandante: Wilson Gerley Vallejo Garzón, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

incremento de los sueldos del personal en actividad cuyo aumento porcentual a su vez depende del 100% de lo que devenga un coronel en servicio activo y no con base en la prestación reconocida a un Coronel en situación de retiro, por lo que no hay lugar a ordenar la reliquidación solicitada.

Así las cosas, el referente para efectuar la reliquidación de la asignación de retiro es el sueldo de los miembros de la fuerza pública en servicio activo, fijado por el Gobierno Nacional en virtud de la competencia asignada por la Constitución Política.

Régimen pensional y prestación aplicable los miembros de la Fuerza Pública Sistema de oscilación y reajuste del IPC

El Gobierno Nacional, en uso de sus facultades extraordinarias emanadas de la Ley 66 de 1989, expidió una serie de normas que se encargaron de regular el régimen prestacional y pensional de los miembros pertenecientes a la Fuerza Pública, entre estos, los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990 y 1091 de 1995.

Respecto del principio de oscilación, el artículo 56 del Decreto 1211 de 1990 dice lo siguiente:

“Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. El personal del nivel ejecutivo o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la Administración Pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.”

El principio de oscilación, tiene como finalidad garantizar que las pensiones reconocidas a los miembros retirados de la fuerza pública, mantengan su poder adquisitivo, recibiendo el mismo incremento anual que el Gobierno Nacional dispone para los miembros activos de la Fuerza Pública.

Posteriormente, se expidió la Ley 4º de 1992, en donde se señalan las normas, objetivos y criterios que deben observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Finalmente, la Ley 100 de 1993², estableció dentro de las excepciones para su aplicación en el artículo 279, a los miembros de la Fuerza Pública, por encontrarse en un régimen especial, no obstante, el artículo 1º de la Ley 238 de 1995, ordenó que los regímenes exceptuados no estaban excluidos de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 arriba transcrito, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:” **Parágrafo 4.** *Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.*

Así las cosas, legislador ordinario permite el reconocimiento de los beneficios de los artículos 14 y 142 de la Ley 100, a los pensionados de los regímenes exceptuados, esto es, el ajuste de su mesada pensional con base en el IPC certificado por el DANE.

En el año 2004, la Ley 923 mediante la cual se establecieron normas, objetivos y criterios que debe 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, estableció en el artículo 2 numeral 2.4 *El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas*” y en el artículo 3 ibídem, determinó que *el régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo que el incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo”.*

² Que consagró el régimen general e integral de seguridad social en pensiones.

El Gobierno Nacional en uso de sus facultades, expidió 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”* y en su artículo 42 estableció el principio de oscilación determinando que las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado y que en ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El H. Consejo de Estado en sentencia del 17 de mayo de 2007³, de la Sala Plena de la Sección Segunda, mayoritariamente sostuvo que debía dársele aplicación al reajuste de la asignación de retiro con base en el artículo 14 de la Ley 100 de 1.993, haciendo de lado el reajuste con fundamento en el principio de oscilación, expresado lo siguiente:

“Por consiguiente, tratase aquí, entonces, del enfrentamiento de las previsiones de una ley marco (4ª de 1992) y de una ley ordinaria (238 de 1995) modificatoria de la ley que creó el Sistema de Seguridad Social Integral (ley 100 de 1993), que según la Caja demandada no podría “interpretarse la segunda en contravención” de la primera.

Para comenzar no se trataría simplemente de la “interpretación” de la ley 238, sino de su aplicación, porque le creó a partir de su vigencia el derecho al grupo de pensionados de los sectores arriba relacionados, entre ellos a los pensionados de la Fuerza Pública, el derecho al reajuste de sus pensiones de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor y a la mesada 14.

Ahora bien, la Sala solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y más favorable, según se verá más adelante, en lugar de una ley marco anterior y su decreto 1212 de 1990 que la desarrolla, bajo la condición de que aquella fuera incompatible con la Constitución Política, debido a que esa es la única hipótesis constitucional para dejar de aplicar una ley que no ha sido declarada inexecutable.

Y la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es más favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior.

En efecto, en el caso concreto la Sala pudo establecer que al actor le resulta más favorable el reajuste de la pensión, con base en el IPC (Ley 100 de 1993), como lo demuestra el siguiente cuadro comparativo, efectuado por el Contador de la Sección Cuarta de esta corporación, según lo dispuesto en auto proferido con fundamento en el artículo 169 del C.C.A.

Lo anterior determina, además, que frente a los alegatos del acto acusado que enfrenta el sistema de reajustes de la oscilación de las asignaciones en actividad, que según la Caja demandada deben prevalecer sobre el del artículo 14 de la ley 100, el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, que para la Sala no la hay, por lo dicho anteriormente”.

Posteriormente, el H. Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección b, el 19 de febrero de dos mil nueve (2009), con ponencia del Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, sostuvo que el reajuste de las asignaciones de retiro y de las pensiones de los miembros de la Policía con base en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, solo podría hacerse hasta el año 2004, puesto que, a partir de dicha anualidad, imperó de nuevo el principio de oscilación para el reajuste de las prestaciones en mención:

“(…) En ese orden, el ajuste de las asignaciones de retiro a partir del año de 1995 deberá hacerse con fundamento en el I.P.C. que certifique el DANE; fórmula aplicable hasta el año de 2004, en razón de que el propio Legislador volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través del artículo 3 [3.13] de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año (…).” (Resalta el Despacho)

El régimen de Agentes, de oficiales y suboficiales activos de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares.

³ H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 17 de mayo de 2007, Expediente No. 8464-05, Actor: José Jaime Tirado Castañeda, Consejero Ponente Dr. Jaime Moreno García.

La Constitución Política en sus artículos 217 y 218, señala que los Miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, gozan de un régimen especial, de igual manera, el artículo 150 numeral 19 literal e) ibídem, establece que el Congreso de la República deberá dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno a la hora de fijar el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública.

Expedida la Ley 4° de 1992 se establecieron las normas, objetivos y criterios que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública, tal y como lo preceptúa en su artículo 1° literal d).

De acuerdo a lo anterior y dando cumplimiento a lo dispuesto por el legislador se expide cada año el Decreto que fija los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, para la liquidación de los salarios del personal en actividad de las fuerzas militares y para las asignaciones de retiro, estas se reajustan anualmente de acuerdo con las variaciones que se introduzcan en las asignaciones del personal en actividad, esto es, conforme al principio de oscilación.

El Decreto 107 de 1996, “*Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (...)*”, estableció en su artículo 1° lo siguiente: “**Artículo 1.** De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4ª de 192, fijase la siguiente escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública.

Los sueldos básicos mensuales para el personal a que se refiere este artículo, corresponderán al porcentaje que se indica para cada grado, con respecto a la asignación básica del grado de General.

Oficiales	Equivalencias Fuerza Aérea (DECRETO 3071 DE 1968)	%
General	General	100%
Mayor General	Mayor General	90%
Brigadier General	Brigadier General	80%
Coronel	Coronel	60%
Teniente Coronel	Teniente Coronel	44.30%
Mayor	Mayor	38.60%
Capitán	Capitán	30.50%
Teniente	Teniente	26.70%
Subteniente	Subteniente	23.70%
Suboficiales		
Sargento Mayor	Técnico Jefe	26.40%
Sargento Primero	Técnico Subjefe	22.60%
Sargento Viceprimero	Técnico Primero	19.50%
Sargento Segundo	Técnico Segundo	17.40%
Cabo Primero	Técnico Tercero	16.40%
Cabo Segundo	Técnico Cuarto	17.90%
Nivel Ejecutivo Policía Nacional		
Comisario		45.50%
Subcomisario		38.30%
Intendente		33.90%
Subintendente		26.40%
Patrullero		20.30%

En lo que se refiere al reajuste salarial, el Gobierno Nacional ha tomado como base el porcentaje de asignación básica del grado de General cada año expidiendo los siguientes Decretos:

Decreto 122 de 1997	Decreto 407 de 2006
---------------------	---------------------

Decreto 058 de 1998	Decreto 1515 de 2007
Decreto 062 de 1999	Decreto 673 de 2008
Decreto 2724 de 2000	Decreto 737 de 2009
Decreto 2737 de 2001	Decreto 1530 de 2010
Decreto 745 de 2002	Decreto 1050 de 2011
Decreto 3552 de 2003	Decreto 0842 del 2012
Decreto 4158 de 2004	Decreto 1017 de 2013
Decreto 923 de 2005	Decreto 0187 de 2014

Con base en lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado, el 8 de septiembre de 2017, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el proceso con Radicación número: 25000-23-42-000-2013-06382-01(3700-14, señaló lo siguiente

*“(…) para regular los salarios del personal de la fuerza pública, el Gobierno Nacional aplica la escala gradual, razón por la cual ésta no puede ser modificada por decisión judicial, mientras que, para calcular las asignaciones de retiro, se basa en el principio de oscilación, con el fin **de mantener el equilibrio entre los incrementos efectuados al personal activo y los realizados al personal en retiro** que disfruta de una pensión o asignación de retiro. (...) el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en la Ley 4ª de 1992, es quien fija el régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública, acatando lo dispuesto en el artículo 150 de la Constitución Política; es más, **al demandante mientras estuvo en actividad se le reajustaron sus salarios de conformidad con la escala gradual porcentual**, a través de los decretos que expidió para esa época el Gobierno Nacional.” (Negrilla fuera de texto)*

De esta forma, el Gobierno Nacional al expedir anualmente los Decretos que fijan el régimen salarial busca el equilibrio entre los militares activos y los retirados.

Caso concreto

Se encuentra probado que al **TÉCNICO JEFE ® EDGAR MAURICIO GÓMEZ RODRÍGUEZ**, se retiró del servicio a partir del 1º de abril de 2016 con derecho a tres meses de alta y se reconoció asignación de retiro a partir del 2 de julio de 2016. Por lo tanto, si hubiere lugar a reconocerse algún reajuste de acuerdo con los porcentajes del I.P.C., este debe ser objeto de estudio desde el año 1997 hasta el año 2004 como lo solicita la demanda.

Ahora bien, para los años 1997 a 2004 el demandante se encontraba en servicio activo siéndole aplicable los siguientes decretos que reajustaron su asignación salarial de acuerdo a la escala gradual de cada año:

Decreto 122 de 1997
Decreto 058 de 1998
Decreto 062 de 1999
Decreto 2724 de 2000
Decreto 2737 de 2001
Decreto 745 de 2002
Decreto 3552 de 2003
Decreto 4158 de 2004

No prosperan las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que para los años reclamados el demandante mientras estuvo en actividad se le reajustaron sus salarios de conformidad con la escala gradual porcentual, a través de los decretos que expidió para esa época el Gobierno Nacional, los cuales no pueden ser modificados a través de una decisión judicial por ser una escala gradual por disposición de la Constitución Política, diferente acontece con los incrementos efectuados a las asignaciones de retiro basadas en el principio de oscilación para mantener el equilibrio entre los incrementos efectuados al personal activo y los realizados al personal en retiro que disfruta de una pensión o asignación de retiro que para los años comprendidos entre 1997 y 2004 pudieron ser modificados por vía judicial por haber sido inferiores al IPC en virtud de lo dispuesto por la ley 238 de 1995 ese reajuste para los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 tuvo lugar de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, en tanto resultaba más

favorable que el establecido por el gobierno nacional, en aplicación del principio de oscilación, incidiendo dicho incremento positivamente en la base de la asignación por retiro⁴.

Conforme con el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, el reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares se efectúa conforme al principio de oscilación, esto es, con base en el incremento de los sueldos del personal en actividad cuyo aumento porcentual a su vez depende del 100% de lo que devenga un Técnico Jefe en servicio activo y no con base en la prestación reconocida a un Técnico Jefe en situación de retiro, por lo que no hay lugar a ordenar la reliquidación solicitada.

Así las cosas, el referente para efectuar la reliquidación de la asignación de retiro es el sueldo de los miembros de la fuerza pública en servicio activo, fijado por el Gobierno Nacional en virtud de la competencia asignada por la Constitución Política.

Sobre el particular, en reciente sentencia el Consejo de Estado⁵, ha señalado:

[...]

En reiteradas oportunidades se han venido formulando por parte de la fuerza pública reclamaciones tendientes a obtener un reajuste en la asignación de retiro, las cuales se han sustentado en la variación porcentual del índice de precios al consumidor; dichas peticiones fueron reconocidas durante los años 1997 a 2004 que fue en aquellos en los cuales se originó una diferencia en el porcentaje de incremento, entre el principio de oscilación y el IPC.

En efecto, los valores que se han reajustado en relación a las asignaciones de retiro tanto para algunos miembros de la Policía Nacional como de las Fuerzas Militares, son el resultado de acciones de tutela o de decisiones judiciales dictadas en ejercicio de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales tiene trascendencia sólo entre las partes que intervinieron en el proceso y por lo tanto no generan una obligación ni un derecho adquirido a los demás servidores de las Fuerzas Armadas o de la Policía⁶.

[...]

De lo expuesto, se concluye que las providencias por medio de las cuales se ordenó el reajuste de la asignación de retiro de algunos coroneles conforme al índice de precios al consumidor (IPC), no tienen el alcance de modificar los decretos por medio de los cuales el ejecutivo fijó los sueldos de los miembros de la fuerza pública, pues solo afectan la situación de los sujetos que actuaron dentro de dichos procesos, comoquiera que sus efectos son *inter partes*.

Costas: El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que “Salvo en los procesos 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”. El numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias

⁴ A partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el reajuste ya no se haría más de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, sino con aplicación del principio de oscilación, previsto en el artículo 42 del citado Decreto, pero que en todo caso, la base de la asignación de retiro a 31 de diciembre de 2004 debe contemplar el reajuste que en el pasado se ordenó con fundamento en fundamento la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004. En otras palabras, los incrementos que se efectúen sobre la asignación de retiro de un oficial o suboficial de la Fuerza Pública en retiro a partir de la entrar en vigencia el Decreto 4433 de 2004, esto es el 31 de diciembre de 2004, no pueden desconocer que dicha asignación de retiro, en su base, experimentó un incremento en virtud del reajuste que en sede judicial se ordenó, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, sobre el cual en todo caso deberá incrementarse a futuro, en virtud del principio de oscilación. Una interpretación en contrario desconocería el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos de la Constitución Política, esto es, en el inciso sexto del artículo 48 y en el inciso tercero del artículo 53, derecho que a juicio de la Sala constituye una expresión del principio de Estado Social de Derecho, de la protección especial que establece la carta Política a las personas de la tercera edad y de los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 10 de agosto de 2017, Expediente 25000-23-42-000-2013-00104-01 (3714-2014), demandante: Wilson Gerley Vallejo Garzón, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER, sentencia del veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 25000-23-42-000-2013-06375-01(2644-15), Actor: Andrés Plazas Rodríguez, Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 10 de agosto de 2017, Expediente 25000-23-42-000-2013-00104-01 (3714-2014), demandante: Wilson Gerley Vallejo Garzón, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁷, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado⁸ ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.⁹

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, en razón a que en el expediente no hay prueba sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, como **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por el señor Edgar Mauricio Gómez Rodríguez contra la **Nación – Ministerio de Defensa Nacional**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

TERCERO. Una vez en firme esta sentencia, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si lo hubiere. Por Secretaría del Juzgado **ARCHÍVESE** el proceso, previas las correspondientes anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

CUARTO.- Se reconoce personería jurídica a RUTH MARIA DELGADO MAYA C.C No 38.363.567 de Ibagué T.P. No 170.144 del C.S de la J E-mail: ruthmariadelgadamaya@gmail.com en los terminos del poder presentado ante este despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

⁷ Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

⁸ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

⁹ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (regla nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación:

5447479a691c16486123a1e38ffa1ed7b74daa6a30e30304083d78e7286829a7

Documento generado en 14/09/2020 07:16:46 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C. SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Sentencia No. 43

Radicación: 1100133335017-2018-00016-00
Demandante: Germán Alonso Rojas Ávila
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema: Reajuste AR con base en el reajuste de la AA conforme I.P.C.

Escuchados los alegatos de las partes y evidenciando que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral propuesto por el señor Germán Alonso Rojas Ávila contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR, teniendo en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES

Pretensiones:

- 1.- Se declare la inaplicabilidad por excepción de inconstitucionalidad de los decretos: 122 de 1997, 62 de 1997, 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003 y 4158 de 2004, por los cuales se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional en cada uno de esos años.
- 2.- Se declare la nulidad del Oficio No. S-2017-019721/ANOPA-GRULI-1.10 de fecha 6 de junio de 2017, que niega la solicitud de reconocimiento y reajuste de salarios y consecuentemente el reconocimiento y reajuste de la asignación de retiro.
- 3.- Se declare la nulidad del Oficio E-01524-201712638-CASUR Id: 239440 de fecha 15 de junio de 2017 que niega la solicitud de reconocimiento y reajuste salarial y consecuentemente en la asignación de retiro.
- 4.- Se declare el restablecimiento de derecho con el reconocimiento y reajuste de la base de liquidación salarial o sueldo básico de 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003, y todas las primas y prestaciones sujetas, de acuerdo con el índice de precios del consumidor (I.P.C.) certificado por el DANE.
- 5.- Una vez reconocido y reajustado conforme el numeral precedente, se solicita se establezca la nueva base de liquidación salarial debidamente ajustada y se aplique desde el año 2004 hasta la fecha en que se efectuó el retiro del servicio activo de acuerdo con los reajustes anuales ordenados por el Gobierno Nacional y consecuentemente se reconozca y reajuste la asignación de retiro debidamente ajustada hasta la fecha en que se liquide y pague la obligación total final.
- 6.- Se cancelen y paguen el último cuatrienio de todos los valores adeudados, por salarios o mesadas pensionales o de asignación de retiro dejadas de pagar, en forma indexada, dando aplicación a lo normado en el artículo 157 del CPACA, hasta la fecha efectiva del pago total de la obligación.

Tesis del demandante: Destaca que las disposiciones quebrantadas vienen siendo desconocidas desde el año 1997 a la fecha, desatendiendo los derechos de los trabajadores, y en este caso en concreto del personal de Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, por cuanto no se les reconoció y mucho menos canceló sus salarios y por consecuencia su asignación de retiro en la debida forma establecida en la Constitución Política, por lo que el reajuste salarial anual para el periodo comprendido entre 1997 y 2004 se efectuó en forma inferior a lo determinado por el DANE, como el Índice de Precios al Consumidor-IPC que mide el costo de vida.

Tesis de la demandada Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional: Señala que el acto demandado no se produjo por capricho de la entidad sino en aplicación de la norma que cobijaba al demandante, y el ajuste se ha hecho durante todos los años, de acuerdo a lo ordenado por la ley para cada anualidad de conformidad con los decretos expedidos por el Gobierno Nacional.

Concluye que, si en gracia de discusión el demandante pretende la aplicación de una norma más favorable deberá someterse íntegramente a esta, debiendo liquidarse y ajustarse la prestación en los términos que refiere el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 tomando el IPC de forma permanente hacia el futuro (fls.85-92).

Tesis de la demandada Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR: Indica que al actor se le ha reajustado su asignación mensual de retiro a partir del 01/01/2017 conforme lo estipula el decreto 1212 de 1990 y demás que regulan la materia y periódicamente incrementan la asignación para que no sufra devaluación monetaria.

Que por mandato constitucional, art. 217 y 218, la fuerza pública goza de un régimen especial y cada año el gobierno nacional expide un decreto a través del cual realiza los respectivos reajustes salariales demandables ante la Corte Constitucional.

Destaca que para los años que pretende el reajuste de la asignación de retiro se encontraba en actividad no cumpliendo así con los presupuestos del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 (fls.58-70).

Problema jurídico: El problema jurídico consiste en establecer si es procedente ordenar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional la reliquidación de la asignación por actividad en el periodo comprendido entre 1997 y 2004 en los términos en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, con ocasión a ello, si es procedente el reajuste de la asignación por retiro desde su efectividad, teniendo en cuenta la nueva base salarial y, el consecuente pago de los retroactivos a que haya lugar.

Solución al problema jurídico: No prosperan las pretensiones de la demanda en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR teniendo en cuenta que para los años reclamados el demandante mientras estuvo en actividad se le reajustaron sus salarios de conformidad con la escala gradual porcentual, a través de los decretos que expidió para esa época el Gobierno Nacional, los cuales no pueden ser modificados a través de una decisión judicial por ser una escala gradual por disposición de la Constitución Política, diferente acontece con los incrementos efectuados a las asignaciones de retiro basadas en el principio de oscilación para mantener el equilibrio entre los incrementos efectuados al personal activo y los realizados al personal en retiro que disfruta de una pensión o asignación de retiro que para los años comprendidos entre 1997 y 2004 pudieron ser modificados por vía judicial por haber sido inferiores al IPC en virtud de los dispuesto por la Ley 238 de 1995 ese reajuste para los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 tuvo lugar de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, en tanto resultaba más favorable que el establecido por el gobierno nacional, en aplicación del principio de oscilación, incidiendo dicho incremento positivamente en la base de la asignación por retiro¹.

Conforme con el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, el reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares se efectúa conforme al principio de oscilación, esto es, con base en el incremento de los sueldos del personal en actividad cuyo aumento porcentual a su vez depende del 100% de lo que devenga un coronel en servicio activo y no con base en la prestación reconocida a un Coronel en situación de retiro, por lo que no hay lugar a ordenar la reliquidación solicitada.

¹ A partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el reajuste ya no se haría más de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, sino con aplicación del principio de oscilación, previsto en el artículo 42 del citado Decreto, pero que en todo caso, la base de la asignación de retiro a 31 de diciembre de 2004 debe contemplar el reajuste que en el pasado se ordenó con fundamento en fundamento la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004. En otras palabras, los incrementos que se efectúen sobre la asignación de retiro de un oficial o suboficial de la Fuerza Pública en retiro a partir de la entrar en vigencia el Decreto 4433 de 2004, esto es el 31 de diciembre de 2004, no pueden desconocer que dicha asignación de retiro, en su base, experimentó un incremento en virtud del reajuste que en sede judicial se ordenó con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, sobre el cual en todo caso deberá incrementarse a futuro, en virtud del principio de oscilación. Una interpretación en contrario desconocería el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos de la Constitución Política, esto es, en el inciso sexto del artículo 48 y en el inciso tercero del artículo 53, derecho que a juicio de la Sala constituye una expresión del principio de Estado Social de Derecho, de la protección especial que establece la carta Política a las personas de la tercera edad y de los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 10 de agosto de 2017, Expediente 25000-23-42-000-2013-00104-01 (3714-2014), demandante: Wilson Gerley Vallejo Garzón, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

Así las cosas, el referente para efectuar la reliquidación de la asignación de retiro es el sueldo de los miembros de la fuerza pública en servicio activo, fijado por el Gobierno Nacional en virtud de la competencia asignada por la Constitución Política.

Régimen pensional y prestación aplicable los miembros de la Fuerza Pública Sistema de oscilación y reajuste del IPC (Min.

El Gobierno Nacional, en uso de sus facultades extraordinarias emanadas de la Ley 66 de 1989, expidió una serie de normas que se encargaron de regular el régimen prestacional y pensional de los miembros pertenecientes a la Fuerza Pública, entre estos, los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990 y 1091 de 1995.

Respecto del principio de oscilación, el artículo 56 del Decreto 1211 de 1990 dice lo siguiente:

“Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. El personal del nivel ejecutivo o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la Administración Pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.”

El principio de oscilación, tiene como finalidad garantizar que las pensiones reconocidas a los miembros retirados de la fuerza pública, mantengan su poder adquisitivo, recibiendo el mismo incremento anual que el Gobierno Nacional dispone para los miembros activos de la Fuerza Pública.

Posteriormente, se expidió la Ley 4º de 1992, en donde se señalan las normas, objetivos y criterios que deben observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Finalmente, la Ley 100 de 1993², estableció dentro de las excepciones para su aplicación en el artículo 279, a los miembros de la Fuerza Pública, por encontrarse en un régimen especial, no obstante, el artículo 1º de la Ley 238 de 1995, ordenó que los regímenes exceptuados no estaban excluidos de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 arriba transcrito, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:” **Parágrafo 4.** *Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.*

Así las cosas, legislador ordinario permite el reconocimiento de los beneficios de los artículos 14 y 142 de la Ley 100, a los pensionados de los regímenes exceptuados, esto es, el ajuste de su mesada pensional con base en el IPC certificado por el DANE.

En el año 2004, la Ley 923 mediante la cual se establecieron normas, objetivos y criterios que debe 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, estableció en el artículo 2 numeral 2.4 *El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas*” y en el artículo 3 ibídem, determinó que *el régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo que el incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo”.*

El Gobierno Nacional en uso de sus facultades, expidió 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”* y en su artículo 42 estableció el principio de oscilación determinando que las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las

² Que consagró el régimen general e integral de seguridad social en pensiones.

asignaciones en actividad para cada grado y que en ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El H. Consejo de Estado en sentencia del 17 de mayo de 2007³, de la Sala Plena de la Sección Segunda, mayoritariamente sostuvo que debía dársele aplicación al reajuste de la asignación de retiro con base en el artículo 14 de la Ley 100 de 1.993, haciendo de lado el reajuste con fundamento en el principio de oscilación, expresado lo siguiente:

“Por consiguiente, tratase aquí, entonces, del enfrentamiento de las previsiones de una ley marco (4ª de 1992) y de una ley ordinaria (238 de 1995) modificatoria de la ley que creó el Sistema de Seguridad Social Integral (ley 100 de 1993), que según la Caja demandada no podría “interpretarse la segunda en contravención” de la primera.

Para comenzar no se trataría simplemente de la “interpretación” de la ley 238, sino de su aplicación, porque le creó a partir de su vigencia el derecho al grupo de pensionados de los sectores arriba relacionados, entre ellos a los pensionados de la Fuerza Pública, el derecho al reajuste de sus pensiones de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor y a la mesada 14.

Ahora bien, la Sala solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y más favorable, según se verá más adelante, en lugar de una ley marco anterior y su decreto 1212 de 1990 que la desarrolla, bajo la condición de que aquella fuera incompatible con la Constitución Política, debido a que esa es la única hipótesis constitucional para dejar de aplicar una ley que no ha sido declarada inexecutable.

Y la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es más favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior.

En efecto, en el caso concreto la Sala pudo establecer que al actor le resulta más favorable el reajuste de la pensión, con base en el IPC (Ley 100 de 1993), como lo demuestra el siguiente cuadro comparativo, efectuado por el Contador de la Sección Cuarta de esta corporación, según lo dispuesto en auto proferido con fundamento en el artículo 169 del C.C.A.

Lo anterior determina, además, que frente a los alegatos del acto acusado que enfrenta el sistema de reajustes de la oscilación de las asignaciones en actividad, que según la Caja demandada deben prevalecer sobre el del artículo 14 de la ley 100, el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, que para la Sala no la hay, por lo dicho anteriormente”.

Posteriormente, el H. Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección b, el 19 de febrero de dos mil nueve (2009), con ponencia del Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, sostuvo que el reajuste de las asignaciones de retiro y de las pensiones de los miembros de la Policía con base en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, solo podría hacerse hasta el año 2004, puesto que, a partir de dicha anualidad, imperó de nuevo el principio de oscilación para el reajuste de las prestaciones en mención:

“(…) En ese orden, el ajuste de las asignaciones de retiro a partir del año de 1995 deberá hacerse con fundamento en el I.P.C. que certifique el DANE; fórmula aplicable hasta el año de 2004, en razón de que el propio Legislador volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través del artículo 3 [3.13] de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año (...).” (Resalta el Despacho)

El régimen de Agentes, de oficiales y suboficiales activos de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares.

La Constitución Política en sus artículos 217 y 218, señala que los Miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, gozan de un régimen especial, de igual manera, el artículo 150 numeral 19 literal e) ibídem, establece que el Congreso de la República deberá dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos

³ H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 17 de mayo de 2007, Expediente No. 8464-05, Actor: José Jaime Tirado Castañeda, Consejero Ponente Dr. Jaime Moreno García.

y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno a la hora de fijar el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública.

Expedida la Ley 4º de 1992 se establecieron las normas, objetivos y criterios que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública, tal y como lo preceptúa en su artículo 1º literal d).

De acuerdo a lo anterior y dando cumplimiento a lo dispuesto por el legislador se expide cada año el Decreto que fija los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, para la liquidación de los salarios del personal en actividad de las fuerzas militares y para las asignaciones de retiro, estas se reajustan anualmente de acuerdo con las variaciones que se introduzcan en las asignaciones del personal en actividad, esto es, conforme al principio de oscilación.

El Decreto 107 de 1996, “*Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (...)*”, estableció en su artículo 1º lo siguiente: “**Artículo 1.** De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4ª de 192, fijase la siguiente escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública.

Los sueldos básicos mensuales para el personal a que se refiere este artículo, corresponderán al porcentaje que se indica para cada grado, con respecto a la asignación básica del grado de General.

Oficiales	%
General	100%
Mayor General	90%
Brigadier General	80%
Coronel	60%
Teniente Coronel	44.30%
Mayor	38.60%
Capitán	30.50%
Teniente	26.70%
Subteniente	23.70%
Suboficiales	
Sargento Mayor	26.40%
Sargento Primero	22.60%
Sargento Viceprimero	19.50%
Sargento Segundo	17.40%
Cabo Primero	16.40%
Cabo Segundo	17.90%
Nivel Ejecutivo	
Comisario	45.50%
Subcomisario	38.30%
Intendente	33.90%
Subintendente	26.40%
Patrullero	20.30%

En lo que se refiere al reajuste salarial, el Gobierno Nacional ha tomado como base el porcentaje de asignación básica del grado de General cada año expidiendo los siguientes Decretos:

Decreto 122 de 1997	Decreto 407 de 2006
Decreto 058 de 1998	Decreto 1515 de 2007
Decreto 062 de 1999	Decreto 673 de 2008
Decreto 2724 de 2000	Decreto 737 de 2009
Decreto 2737 de 2001	Decreto 1530 de 2010
Decreto 745 de 2002	Decreto 1050 de 2011

Decreto 3552 de 2003	Decreto 0842 del 2012
Decreto 4158 de 2004	Decreto 1017 de 2013
Decreto 923 de 2005	Decreto 0187 de 2014

Con base en lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado, el 8 de septiembre de 2017, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el proceso con Radicación número: 25000-23-42-000-2013-06382-01(3700-14, señaló lo siguiente

*“(…) para regular los salarios del personal de la fuerza pública, el Gobierno Nacional aplica la escala gradual, razón por la cual ésta no puede ser modificada por decisión judicial, mientras que, para calcular las asignaciones de retiro, se basa en el principio de oscilación, con el fin **de mantener el equilibrio entre los incrementos efectuados al personal activo y los realizados al personal en retiro** que disfruta de una pensión o asignación de retiro. (...) el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en la Ley 4ª de 1992, es quien fija el régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública, acatando lo dispuesto en el artículo 150 de la Constitución Política; es más, **al demandante mientras estuvo en actividad se le reajustaron sus salarios de conformidad con la escala gradual porcentual**, a través de los decretos que expidió para esa época el Gobierno Nacional.” (Negrilla fuera de texto)*

De esta forma, el Gobierno Nacional al expedir anualmente los Decretos que fijan el régimen salarial busca el equilibrio entre los militares activos y los retirados.

Caso concreto

Se encuentra probado que al **MAYOR ® GERMÁN ALONSO ROJAS ÁVILA**, se retiró del servicio y se reconoció asignación de retiro a partir del 22 de julio de 2016. Por lo tanto, si hubiere lugar a reconocerse algún reajuste de acuerdo con los porcentajes del I.P.C., este debe ser objeto de estudio desde el año 1997 hasta el año 2004 como lo solicita la demanda.

Ahora bien, para los años 1997 a 2004 el demandante se encontraba en servicio activo siéndole aplicable los siguientes decretos que reajustaron su asignación salarial de acuerdo a la escala gradual de cada año:

Decreto 122 de 1997
Decreto 058 de 1998
Decreto 062 de 1999
Decreto 2724 de 2000
Decreto 2737 de 2001
Decreto 745 de 2002
Decreto 3552 de 2003
Decreto 4158 de 2004

No prosperan las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que para los años reclamados el demandante mientras estuvo en actividad se le reajustaron sus salarios de conformidad con la escala gradual porcentual, a través de los decretos que expidió para esa época el Gobierno Nacional, los cuales no pueden ser modificados a través de una decisión judicial por ser una escala gradual por disposición de la Constitución Política, diferente acontece con los incrementos efectuados a las asignaciones de retiro basadas en el principio de oscilación para mantener el equilibrio entre los incrementos efectuados al personal activo y los realizados al personal en retiro que disfruta de una pensión o asignación de retiro que para los años comprendidos entre 1997 y 2004 pudieron ser modificados por vía judicial por haber sido inferiores al IPC en virtud de los dispuesto por la ley 238 de 1995 ese reajuste para los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 tuvo lugar de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, en tanto resultaba más favorable que el establecido por el gobierno nacional, en aplicación del principio de oscilación, incidiendo dicho incremento positivamente en la base de la asignación por retiro⁴.

⁴ A partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el reajuste ya no se haría más de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, sino con aplicación del principio de oscilación, previsto en el artículo 42 del citado Decreto, pero que en todo caso, la base de la asignación de retiro a 31 de diciembre de 2004 debe contemplar el reajuste que en el pasado se ordenó con fundamento en fundamento la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004. En otras palabras, los incrementos que se efectúen sobre la asignación de retiro de un oficial o suboficial de la Fuerza Pública en retiro a partir

Conforme con el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, el reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares se efectúa conforme al principio de oscilación, esto es, con base en el incremento de los sueldos del personal en actividad cuyo aumento porcentual a su vez depende del 100% de lo que devenga un Mayor en servicio activo y no con base en la prestación reconocida a un Mayor en situación de retiro, por lo que no hay lugar a ordenar la reliquidación solicitada.

Así las cosas, el referente para efectuar la reliquidación de la asignación de retiro es el sueldo de los miembros de la fuerza pública en servicio activo, fijado por el Gobierno Nacional en virtud de la competencia asignada por la Constitución Política.

Sobre el particular, en reciente sentencia el Consejo de Estado⁵, ha señalado:

[...]

En reiteradas oportunidades se han venido formulando por parte de la fuerza pública reclamaciones tendientes a obtener un reajuste en la asignación de retiro, las cuales se han sustentado en la variación porcentual del índice de precios al consumidor; dichas peticiones fueron reconocidas durante los años 1997 a 2004 que fue en aquellos en los cuales se originó una diferencia en el porcentaje de incremento, entre el principio de oscilación y el IPC.

En efecto, los valores que se han reajustado en relación a las asignaciones de retiro tanto para algunos miembros de la Policía Nacional como de las Fuerzas Militares, son el resultado de acciones de tutela o de decisiones judiciales dictadas en ejercicio de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales tiene trascendencia sólo entre las partes que intervinieron en el proceso y por lo tanto no generan una obligación ni un derecho adquirido a los demás servidores de las Fuerzas Armadas o de la Policía⁶.

[...]

De lo expuesto, se concluye que las providencias por medio de las cuales se ordenó el reajuste de la asignación de retiro de algunos coroneles conforme al índice de precios al consumidor (IPC), no tienen el alcance de modificar los decretos por medio de los cuales el ejecutivo fijó los sueldos de los miembros de la fuerza pública, pues solo afectan la situación de los sujetos que actuaron dentro de dichos procesos, comoquiera que sus efectos son *inter partes*.

Costas: El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que “Salvo en los procesos 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”. El numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

de la entrar en vigencia el Decreto 4433 de 2004, esto es el 31 de diciembre de 2004, no pueden desconocer que dicha asignación de retiro, en su base, experimentó un incremento en virtud del reajuste que en sede judicial se ordenó, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, sobre el cual en todo caso deberá incrementarse a futuro, en virtud del principio de oscilación. Una interpretación en contrario desconocería el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos de la Constitución Política, esto es, en el inciso sexto del artículo 48 y en el inciso tercero del artículo 53, derecho que a juicio de la Sala constituye una expresión del principio de Estado Social de Derecho, de la protección especial que establece la carta Política a las personas de la tercera edad y de los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 10 de agosto de 2017, Expediente 25000-23-42-000-2013-00104-01 (3714-2014), demandante: Wilson Gerley Vallejo Garzón, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER, sentencia del veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 25000-23-42-000-2013-06375-01(2644-15), Actor: Andrés Plazas Rodríguez, Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 10 de agosto de 2017, Expediente 25000-23-42-000-2013-00104-01 (3714-2014), demandante: Wilson Gerley Vallejo Garzón, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁷, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado⁸ ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.⁹

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, en razón a que en el expediente no hay prueba sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, como **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por el señor Germán Alonso Rojas Ávila contra la **Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional** y la **Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

TERCERO. Una vez en firme esta sentencia, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si lo hubiere. Por Secretaría del Juzgado **ARCHÍVESE** el proceso, previas las correspondientes anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

CUARTO.- Se reconoce personería jurídica al Dr. Sadalim Herrera Palacio en terminos del poder presentado ante el despacho

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

⁷ Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el párrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

⁸ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

⁹ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley” Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (regla nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Radicado No. 110013335017-2018-00016-00

Demandante: Germán Alonso Rojas Ávila

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación:

f3725fdebd80a95e63a7d21d0b5731221f0345fd2a1a860298feef72360f0c2

Documento generado en 14/09/2020 07:05:23 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C. SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., 14 de septiembre de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2017-00441-00

Demandante: German Caballero Bonilla

Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP

Tema: Reliquidación – Régimen transición ley 100 de 1993- Ley 33 de 1985- indexación primera mesada

Sentencia No.27

Procede el Despacho a proferir Sentencia Anticipada de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral referente teniendo en cuenta las siguientes

Consideraciones

Pretensiones

1. Que se declare nulidad de las Resoluciones RDP 009671 de 13 de marzo de 2017 por la que se niega una solicitud de reliquidación pensional y RPD 021591 de 25 de mayo de 2017 por cual se confirma la anterior decisión
2. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento se solicita reliquidar la pensión de jubilación conforme con la Ley 33 de 1985, esto es, el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, la indexación del IBL de los años 1992 a 1999, el pago de las diferencias debidamente indexadas, el pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y ss del CPACA, la liquidación y deducción por concepto de aportes a pensión de los factores que se incluyan en el IBL siguiendo las sentencias C-177 de 1998, C-117 de 2001 y, C-895 de 2009 en concordancia con los artículos 712, 719 y 817 del estatuto tributario.
3. Se condene a la entidad demanda a costas.

Normas violadas y concepto de violación: El demandante sostiene que en el caso no se discute la aplicación de la sentencia C-258 de 2013, SU 230 de 2015, en la medida en que su vinculación se dio con anterioridad de la ley 100 de 1993.

La UGPP reconoce que el demandante se encuentra incurso en el régimen de transición previsto en el artículo 1º parágrafo 2 inciso 1 de la ley 33 de 1985 y que por esta razón es aplicable el decreto 1848 de 1969, esto es, el reconocimiento pensional a los 50 años de edad y 20 años de servicio.

La discusión radica en la forma en que la UGPP calcula el ingreso base de liquidación, pues consideró equivocadamente que los factores de salario a tenerse en cuenta para calcular el IBL debían ser lo que se encuentran descritos en la ley 62 de 1985.

Lo anterior resulta totalmente equivocado pues debió integrar al IBL todo emolumento constitutivo de salario que haya sido devengado en el último año de servicios, al haber adquirido su status pensional con anterioridad al 1 de abril de 1994, es aplicable la ley 33 de 1985 y respecto de la edad el régimen anterior el decreto 1848 de 1969.

Señala que se debe aplicar el precedente del 4 de agosto de 2010 que unificó los criterios de interpretación de la ley 33 y 62 de 1985, con lo cual se definió expresamente que la lista de factores de salario a que hacen mención las normas referenciadas, resulta ser enunciativa y no taxativa a la luz de los principio de favorabilidad, primacía de la realidad y prevalencia del derecho sustancial sobre lo formal, debe reconocerse todos los emolumentos aunque no haya sido nombrados taxativamente como salarios

Contestación de la demandada: La entidad demandada se opone a que prosperen todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, en vista que no están llamadas a prosperar por carecer de sustento fáctico y legal en razón que los actos administrativos se expidieron conforme a derecho teniendo en cuenta el régimen de transición de la ley 100 de 1993. Señala que el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación 230 de 2015 dejó claro que el ingreso base de liquidación no forma parte del régimen de transición, ya que el legislador solo contempló la edad, tiempo y monto (entendido como tasa de reemplazo) como aspectos que se deben tener en cuenta del régimen anterior, por lo tanto, se debe aplicar las reglas expresamente señaladas en los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la ley 100 (edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen anterior), pero el IBL con los 10 años o el tiempo que hiciera falta para adquirir el estatus pensional, si es menor y, los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994 (fls.90-97).

La Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social - UGPP, presentó alegatos de conclusión, solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda y que el fallo sea favorable para la entidad que representa.

Manifestó que conforme al precedente de la Corte Constitucional, en sentencia C- 258 de 2013, que fijó el criterio de interpretación para la liquidación de las pensiones del régimen de transición conforme a las reglas del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100/93, reglas ratificadas y que se extienden a todas las pensiones reguladas por el régimen de transición, según la sentencia T- 078 de 2014 (confirmada mediante Auto 326 del 16 de octubre de 2014) y reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencias de unificación y de aplicación erga omnes, como son la SU-230 del 29 de abril de 2015; SU — 427 de 2016; SU-395 de 22 de junio de 2017; SU-631 de 12 de octubre de 2017 y recientemente la Sentencia SU-023 de 05 de abril de 2018, en el que la Corte ratifica y señalan la manera de interpretar el régimen de transición es respetando los conceptos de edad tiempo de servicios y monto entendido como tasa de reemplazo del régimen anterior, sin que esté incluido en la transición el ingreso base de liquidación; por esta razón la entidad debe continuar liquidando las pensiones de este régimen de conformidad con el artículo 1 del Decreto 2143 de 1995 que remite directamente a las reglas del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por otra parte, señalo que se debe dar aplicación a la Sentencia de Unificación, emitida por el H. Consejo de Estado, C.P. Dr. César Palomino Cortes, del 28 de agosto de 2018, la cual unifico su criterio del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables. Para finalizar, indicó que al demandante no le asiste el derecho a la reliquidación pensional, por lo anteriormente planteado.

Identificación de los actos demandados:, resoluciones RDP 009671 de 13 de marzo de 2017 niega la solicitud de reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio y RPD 021591 de 25 de mayo de 2017 por la que se confirma la anterior decisión.

Problema jurídico: El problema jurídico consiste en establecer si es procedente la nulidad de los actos administrativos demandados dado que el demandante tiene derecho a que la pensión de jubilación sea liquidada conforme al régimen de transición de la Ley 33 de 1985 y el decreto 1848 de 1969, al adquirir su estatus a con 50 años de edad y 20 años de servicio, no es procedente tomar los factores taxativos de la ley 62 de 1985, sino en términos de la sentencia unificada del 4 de agosto de 2010 todos los factores devengados en el último año de servicio por haber adquirido su estatus pensional antes del 1 de abril de 1994, o si conforme con lo argumentado por la entidad demandada, la pensión de la demandante debe ser liquidada en los términos del artículo 36 de la ley 100 de 1993 por ser beneficiario del régimen de transición de la ley 100 de 1993, en donde se respeta la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas y el monto del régimen anterior y las demás condiciones, las señaladas en la ley 100 de 1993 y su decretos reglamentarios, entre ellas los factores señalados en el decreto 1158 de 1994.

Hechos probados: En el expediente se encuentran demostrados los siguientes hechos:

- 1. El demandante German Caballero Bonilla identificado con la C.C. 17.115.819 nació el 09 de marzo de 1945 en el municipio de Tibana Boyacá (fl.3-4 del expediente administrativo).
- 2. Trabajo en los siguientes periodos de tiempo.

- del 20 de junio de 1969 al 31 de agosto de 1971, en el cargo de obrero en la secretaria de obras publicas de la Alcaldía Mayor de Bogotá. (folio 6 del expediente administrativo)
- En la EDIS liquidada del 1 de septiembre de 1971 al 5 de abril de 1983, por contrato de trabajo desempeñado el cargo de despachador de vehículos. (folio 5 del expediente administrativo)
- del 3 de agosto de 1983 al 13 de julio de 1992 en el cargo de campamentero celador del Ministerio de Transporte devengando en el último año de servicios estos del mes de julio de 1991 al mes de junio de 1992 los siguientes haberes(folio 8 expediente administrativo):

asignación básica: \$1'129.140 pesos
Auxilio de alimentación: \$313.060 pesos
Feriados y horas extras: \$387.856 pesos
Auxilio de transporte: \$59.225,83
Prima de Vacaciones: \$169.381
Prima semestral: 240.103,56
Prima de navidad: 257.759,48
Total devengado: 2'556.525,87

3.-Resolucion 14151 del 11 de junio de 2002 por el cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez. En dicho acto se considera que laboró un total de 8313 días y que adquirió su estatus jurídico del 9 de marzo de 2000 cuando cumplió 55 años de edad y 20 años de servicio. Su pensión es liquidada con el 75% del promedio de lo devengado de 4 meses 5 días en los términos del articulo 36 de la ley 100 de 1993 y la sentencia 168 del 20 de abril de 1995, entre el 1 de enero de 1995 y el 30 de julio de 1995 tiempo que el peticionario efectuó aportes al ISS, así:

1995 asignación básica: 118.933, actualizado al año 2000: \$259.227 x 75% \$194.420

Se elevo el valor de la pensión a la suma de \$260.100 que equivale al SMLMV a la fecha de efectividad del derecho, efectiva a partir del 9 de marzo de 2000.

Normatividad y jurisprudencia aplicable al caso.

La Ley 33 de 1985 estableció un régimen de transición, dirigido a dos grupos de servidores: i) a quienes, no teniendo un régimen especial, hubieren laborado por más de 15 años a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 (13 de febrero de 1985) y ii) a quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, para la fecha de su expedición se hallaban retirados del servicio.

En el presente caso, el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 33 de 1985, pues no perteneciendo al grupo de servidores con régimen especial, al 13 de febrero de 1985 contaba con más de 15 años de servicio (5.522 dias laborados) conforme con las consideraciones señaladas por la demandada en el acto de reconocimiento pensional, esto es, resolución 14151 del17 de mayo de 2002 de la siguiente manera:

Entidad	desde	hasta	días laborados
Distrito Capital	19690620	19710831	792
Empresa Distrital de Servicios Públicos	19710901	19830405	4175
Ministerio de obras Publicas y transporte	19830803	19920713	3221
TOTAL			8188

De otra parte, el peticionario efectuó aportes al ISS así:

DESDE	HASTA	DIAS
-------	-------	------

INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES	19950105	19950130	26
INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES	19950203	19952802	26
INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES	19950317	19950330	14
INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES	19950626	19950530	05
INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES	19950601	19950630	30
INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES	19950707	19950730	24
Total			125 días

De acuerdo con lo anterior, el señor German Caballero Bonilla es beneficiado del régimen de transición contemplado en el inciso primero del parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985¹, esto es, que su pensión se adquiere con 50 años de edad de la ley 6 de 1945 y, 20 años de servicios, monto del 75% y factores devengados en el último año de servicio según la ley 33 de 1985.

Para el despacho no es procedente aplicar el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sin tener en cuenta que los documentos obrantes en el expediente del proceso ordinario permiten inferir que había cumplido con el presupuesto del tiempo de servicio para beneficiarse de la transitoriedad de la Ley 33 de 1985 y, por consiguiente, guardaba la expectativa legítima de obtener su pensión de acuerdo con la Ley 33, una vez cumpliera con todos los requisitos legales para ello esto es la edad de 55 años.

De esta forma verificar la historia laboral y los antecedentes administrativos del señor GERMAN CABALLERO, se define la procedibilidad de la aplicación del régimen de transición previsto en el en el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985², situación que fue considerada por la entidad demandada en la Resolución 15833 de 11 de marzo de 1993, lo cual implica que se debe aplicar la edad de la normatividad vigente con anterioridad a la citada Ley, esto es 55 años de edad y 20 años de tiempo de servicios, según lo dispuesto en el Decreto 1848 de 1969 y monto de las leyes 33 y 62 de 1985.

El Decreto 1848 de 1969 en su artículo 68 estableció “Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1o. de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación *al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.*”.

Factores que integran el ingreso base de liquidación.

En este punto de los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión con base en las Leyes 33 y 62 de 1985, la tesis inicial de la Sala Plena de la Sección Segunda, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010 radicado 0112-2009, consejero ponente VÍCTOR ALVARADO ARDILA, señaló que se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio, en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral en razón a que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están

1Ley 33 de 1985, “Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.
No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.
Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro”.

2 Ley 33 de 1985, “Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.
No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.
Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro”.

simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Esta decisión adoptada por el Consejo de Estado se establece en consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda, al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945.

En virtud a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes.

Ahora bien, la Sala plena del Consejo de Estado replanteó su tesis mediante Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, con ponencia del doctor CESAR PALOMINO CORTÉS, en la cual estableció una **subregla** relacionada con los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición, señalando que son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

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

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*”.

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 salarial en la liquidación de la mesada pensional**.

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.

A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman 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 servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “*salario*” y “*factor salarial*”, bajo el entendido que “*constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios*” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para la Sala Plena del H. Consejo de Estado, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

Así pues, considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) 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 (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema

Así las cosas, éste Despacho acogiendo el criterio establecido por el Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y en aplicación de la voluntad del legislador configurada en la Ley 33 y 62 de 1985, se estudiará la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante con el 75% del salario promedio y factores que sirvieron de base para los aportes o cotizaciones durante el último año de servicio, y que se encuentran enlistados en dichas normas.

Caso concreto.-

Ingreso Base de Liquidación y los factores salariales aplicables a la pensión del señor GERMAN CABALLERO BONILLA no es con fundamento en los parámetros que rigen el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sino con base en la ley 33 Y 62 de 1985 y, el artículo 27 del decreto 3135 de 1968, esto es 55 años de edad y, el 75% de lo devengado en el último año de servicios considerando los factores taxativos de la ley 62 de 1985, acogiendo el despacho el criterio establecido por el órgano de cierre y atendiendo la voluntad de legislador, esto es asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

De esta manera se debe tener en cuenta la asignación básica de 1995, esto es, \$118.933 salario promedio de los 4 meses 5 días cotizados al seguro social desde el 1 de enero al 30 de julio de 1995 y, de otra parte, el promedio de los ingresos devengados entre el 13 de noviembre de 1991 al 13 de julio de 1992 para complementar los 12 meses, incluyendo la asignación básica y las horas extras, esto es, sin incluir el auxilio de alimentación, el auxilio de transporte, la prima de vacaciones, la prima semestral y la prima de navidad en razón a que el legislador no los contemplo para servir de base para los aportes o cotizaciones del sistema de seguridad social, incluirlos sería ir en contravía de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad tal y como lo estableció la Sala Plena del Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018.

Observando que la entidad demandada le reconoció la pensión de jubilación a la parte actora, aplicando la edad y tiempo de servicios del Decreto 1848 de 1969, y los factores que sirvieron de base para los aportes o cotizaciones del término que le hiciera falta esto es 125 días cotizados en el año 1995 al ISS, NO de el último año de servicio como lo establece la Ley 33 y 62 de 1985, conforme con las normas aplicables al caso y al criterio fijado por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, el cual es acogido por este Despacho, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en materia de seguridad social, es procedente acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda aclarando que solamente pueden hacer parte de la liquidación de la pensión los factores de salario sobre los que se hicieron los respectivos aportes.

En este orden de ideas, se concluye que en el presente caso la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP al negar la solicitud de reliquidación pensional elevada por el demandante, desconoció sus derechos pensionales, así como las normas y la jurisprudencia aplicables al caso concreto, razón por la cual, se accederá a las pretensiones de nulidad impetradas en el libelo de mandatorio y, en su lugar, se ordenará a dicha entidad que reliquide la pensión de GERMAN CABALLERO BONILLA, con el 75% del promedio mensual de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, incluyendo únicamente los factores salariales taxativamente contemplados en la ley 62 de 1985, esto es 1) Asignación Básica, 2) Horas extras

por simple confrontación directa entre los actos administrativos demandados, que negaron la reliquidación pensional, y la normatividad aplicable, se concluye que estos no se ajustan al ordenamiento jurídico. Por tanto, este Despacho procederá a declarar su nulidad y ordenará el consiguiente restablecimiento del derecho

De otra parte, en lo que tiene que ver con la pretensión de indexación la primera mesada pensional del demandante, se debe señalar que, en atención a los fundamentos jurídicos expuestos en esta providencia, GERMAN CABALLERO BONILLA, quien se retiró definitivamente del servicio a partir del 13 de julio de 1992 y cuya pensión fue reconocida a partir del 09 de marzo de 2000, tiene derecho a la actualización de su primera mesada pensional, teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor IPC entre estas dos fechas, pues de lo contrario, se estaría vulnerando su derecho constitucional al mantenimiento del poder adquisitivo de su pensión ya que por el simple paso del tiempo, dichas sumas se encuentran devaluadas.

Por lo tanto, se ordenará a la entidad que, al momento de reliquidar la pensión del señor GERMAN CABALLERO BONILLA, proceda a actualizar el valor de su primera mesada, teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor IPC, entre la fecha de retiro del servicio y la fecha a partir de la cual se hizo efectivo el pago de su pensión, esto es, entre el 13 de julio de 1992 y el 09 de marzo de 2000.

Reajustes pensionales: Una vez determinada la cuantía de la pensión reliquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas.

Prescripción: El Decreto 1848 de 1969 artículo 102 señala que las acciones que emanen de los derechos consagrados del Decreto 3135 de 1968 prescriben en tres años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, por cuanto, el simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

En este caso el demandante radicó la solicitud de reliquidación de su pensión y de la solicitud de indexación de la primera mesada pensional el día 25 de octubre de 2016 y la demanda fue radicada dentro de los 3 años siguientes, por lo tanto, la prescripción se contabilizará desde la fecha de la petición hacia atrás, es decir que, se declararán prescritas las diferencias en las mesadas que se causaron antes del 25 de octubre de 2013.

En consecuencia, se ordenará la reliquidación de la mesada pensional a partir del 9 de marzo de 2000 y el pago de las diferencias que arroje la reliquidación ordenada, a partir del 25 de octubre de 2013 por prescripción trienal, tal como se indicará en la parte resolutive de la sentencia.

Diferencias a pagar: De las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto. .

Ajuste al valor: Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

Intereses: A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3° del artículo 192 del CPACA; a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5° del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Cumplimiento de la sentencia: El cumplimiento de la sentencia será motivado conforme con los artículos 192, 193, 194 y 195 del CPACA; se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

Costas: El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que “Salvo en los procesos 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”. El numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso³, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado⁴ ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.⁵

Por no evidenciar temeridad o mala fe las actuaciones desplegadas por la entidad y no probarse el valor en esa instancia de las agencias en derecho no se condenará en costas

En mérito de lo anteriormente expuesto, la JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción de las mesadas atrasadas, propuesta por la entidad demandada bajo los parámetros descritos en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO. - DECLARAR la nulidad de la Resolución No. RDP 009671 DE 13 DE MARZO DE 2017, expedida por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP a través de la cual denegó la petición de reliquidación de la pensión de jubilación del demandante el señor GERMAN CABALLERO BONILLA.

TERCERO. - DECLARAR la nulidad de la Resolución No. RDP 021591 del 25 de mayo de 2017, expedida por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES

³ Cfr. La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

⁴ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

⁵ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, por la cual confirmó por vía de apelación la resolución citada en el numeral anterior.

CUARTO.- CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a RELIQUIDAR la pensión del señor GERMAN CABALLERO BONILLA, identificado con cédula de ciudadanía No.17.115.819, con el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales el demandante cotizó durante el último año de servicio, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE hasta el momento de la reliquidación pensional esto es, entre el 13 de julio de 1992 y el 09 de marzo de 2000.

Reajustes pensionales: Una vez determinada la cuantía de la pensión reliquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas.

Prescripción: , se ordenará la reliquidación de la mesada pensional a partir del 9 de marzo de 2000 y el pago de las diferencias que arroje la reliquidación ordenada, a partir del 25 de octubre de 2013 por prescripción trienal.

Diferencias a pagar: De las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto. .

Ajuste al valor: Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

Intereses: A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3° del artículo 192 del CPACA; a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5° del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Cumplimiento de la sentencia: El cumplimiento de la sentencia será motivado conforme con los artículos 192, 193, 194 y 195 del CPACA; se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

QUINTO. -NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

SEXTO.- ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195, del C.P.A.C.A. La entidad debe expedir un acto administrativo que se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

SEPTIMO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

OCTAVO .- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, así mismo, **EXPÍDASE** copia de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P. **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación: **8c6b0ef4070495baf5cbdebde92543ada9be6a9605dd3db51ba871624f127ac6**
Documento generado en 14/09/2020 09:05:10 a.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C. SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., 14 de septiembre de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2017-00344-00

Demandante: JMILQUISEDEC GARCIA SANCHEZ

Demandado: COLPENSIONES

Tema: Reliquidación – Régimen transición ley 100 de 1993- Ley 33 de 1985

Sentencia No.26

Procede el Despacho a proferir Sentencia Anticipada de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral de la referencia teniendo en cuenta las siguientes

Consideraciones

Pretensiones

1. Que se declare nulidad de las Resoluciones GNR 53313 de 2017 y, DIR 4827 de 2017.
2. Como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento, se solicita reliquidar la pensión de jubilación conforme con la Ley 33 de 1985, esto es, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.
3. Ordenar a la entidad demandada a reconocer y pagar las diferencias que resulten debidamente indexadas conforme con el índice de precios al consumidor.
4. Se condene a la entidad demanda a costas.
5. El cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y ss del CPACA

Tesis del demandante: El demandante sostiene que en virtud de los principios de favorabilidad e inescindibilidad de las normas se debe aplicar de manera íntegra el contenido de la ley 33 de 1985 y no como lo hace la entidad demandada de manera parcial en cuanto la edad, tiempo de servicio y porcentaje, mas no en cuanto a los factores salariales que se deben tener en cuenta para el cálculo de la pensión.

Fundamenta sus argumentos en la sentencia SU 112 del 4 de agosto de 2010 .

Tesis de la demandada: La entidad demandada se opone a que prosperen todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, en razón que los actos administrativos se expidieron conforme a derecho teniendo en cuenta el régimen de transición de la ley 100 de 1993. Señala que Corte Constitucional en Sentencia C-258 de 2013, SU 230 de 2015 dejó claro que el ingreso base de liquidación no forma parte del régimen de transición, ya que el legislador solo contempló la edad, tiempo y monto (entendido como tasa de reemplazo) como aspectos que se deben tener en cuenta del régimen anterior, por lo tanto, se debe aplicar las reglas expresamente señaladas en los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la ley 100 (edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen anterior), pero el IBL con los 10 años o el tiempo que hiciera falta para adquirir el estatus pensional, si es menor y, los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994 (fls.79-103).

Alegatos de Conclusión

La **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones**, Indica que con respecto a la solicitud de la reliquidación del 75% con el promedio de lo devengado en el último año de servicio con todos los factores salariales que respecto de la liquidación de las pensiones que se encuentran en transición, en el año 2015, la Corte Constitucional emitió la sentencia SU – 230, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub , en la cual la corporación consideró que: “Ahora bien, el Artículo 1 de la ley 33 de 1985, menciona “*El empleado oficial que sirva o haya servido (20) años de servicio continuos o discontinuos y llegue a la edad de (55) años tendrá*

derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio". Por otra parte, manifestó que de conformidad con lo establecido en el parágrafo 4 transitorio del Acto Legislativo 01 del 22 de julio de 2005, el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 finaliza el 31 de julio de 2010 y podrá extenderse hasta el año 2014 en los siguientes términos: "El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo (25 de julio de 2005), a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014". Finalmente resaltó que no es posible reliquidar la prestación teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, toda vez que esta posición discrepa con el lineamiento jurisprudencial plasmado en las sentencias T-078 de 2014, A-326 de 2014, SU-230 de 2015, T-060 de 2016, SU-427 de 2016, SU-210/2017, SU 395 de 2017, SU 023 de 2018, SU-068 de 2018 y la T-109 de 2019 de la Corte Constitucional, así como la Sentencia del 28 de agosto de 2018 del Honorable Consejo de Estado, en las que se ha dejado en claro que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el ingreso base de liquidación.

Identificación de los actos demandados: GNR 53313 de 2017 por el que niega la solicitud de reliquidación pensional y, DIR 4827 de 2017 por la que se confirma la anterior decisión.

Problema jurídico: El problema jurídico consiste en establecer si es procedente la nulidad de los actos administrativos demandados dado que el demandante tiene derecho a que la pensión de jubilación sea liquidada conforme con la ley 33 de 1985, esto es, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio y no como lo hace la entidad demandada, por ser beneficiario del régimen de transición de la ley 100 de 1993, o si conforme con lo argumentado por la entidad demandada, la pensión de la demandante debe ser liquidada en el promedio de lo devengado del último año de servicio aplicando una tasa de remplazo del 75% y los factores que hayan servido de base para calcular los aportes en los términos del decreto 1158 de 1994.

Hechos probados: En el expediente se encuentran demostrados los siguientes hechos:

1. El demandante nació el 10 de mayo de 1944 (fl.13)
2. Según el certificado de la secretaria de educación donde laboró desde el 15 de febrero de 1993 hasta el 1 de julio de 2009, los factores salariales y prestacionales devengados en el último año de servicios fueron: asignación básica, horas extras, prima de antigüedad, auxilio alimenticio, bonificación por servicios prestados, bonificación por recreación prima por pertenencia, prima servicios, prima de navidad y prima de vacaciones (fls. 19-20).
3. Mediante resolución 326218 del 22 de octubre de 2015 se reliquidó la pensión de vejez con 1230 semanas y un ingreso base de liquidación de 1'373.360 aplicando los factores del 1158 de 1994 devengados en los últimos 10 años de servicios con una tasa de reemplazo del 75%

Solución al problema jurídico: no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda con base en Sentencia de Unificación 143 del 28 de agosto de 2018¹ de la Sala Plena del Consejo de Estado, porque en virtud de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en materia de seguridad social, la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 1º y 48 constitucional modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005 del régimen de transición de la ley 100 de 1993 permite que la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto y el monto de la misma, sean las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994), tuvieran la edad de treinta y cinco (35) años en el caso de las mujeres; o cuarenta años (40) o más en el caso de los hombres; o que, indistintamente, tuvieran quince (15) o más años de servicios y, las demás condiciones y requisitos aplicables para obtener tal derecho son los contenidos con las disposiciones de la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

¹ Expediente 52001233300020120014301 Ponencia Dr. CESAR PALOMINO CORTES.

Sala Plena Consejo de Estado con ponencia del doctor Cesar Palomino Cortés², aclara que 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.

Y para ellos, señala como primera subregla que los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es así:

-. 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.

Y como segunda subregla 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.³⁴

A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman 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 servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

Tomando en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no se afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho fundamental a la pensión de los habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado asumir en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia. De esta forma, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) 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 (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.⁵

² Sentencia del 28 de agosto de 2018 de la Sala de los Contencioso Administrativo Consejo de Estado, **Expediente:** 52001-23-33-000-2012-00143-01, **Demandante:** Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, **Demandado:** Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en liquidación

³ Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho; en 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, con 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”.

⁴ 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 salarial en la liquidación de la mesada pensional y, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48,** para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

⁵ En este caso no razones jurídicas o fácticas que nos obliguen a apartarnos del precedente vertical porque, por ejemplo, (i) concurren hechos o elementos normativos o doctrinarios relevantes, no valorados por el juez superior en su momento, que alteran la admisibilidad del precedente para el nuevo caso; (ii) la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunciaron de manera contraria a la interpretación del superior jerárquico; u (iii) ocurrieron cambios normativos que hicieron incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico.

Caso concreto

Las sentencias de unificación concluyen que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por el constituyente en el acto legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del sistema de seguridad social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por lo tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables el IBL y, los factores salariales previstos con anterioridad a la ley 100 de 1993. Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la Ley de Seguridad Social en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale la Ley 4ª de 1992 y el Decreto reglamentario 1158 de 1994⁶ el cual dispone:

“El salario mensual base para calcular las cotizaciones 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 realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;”*

El señor demandante para efectos de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación no gozaba de un régimen de excepción, ni se encuentra dentro del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, por no contar con más de 15 años de servicios al 29 de enero de 1985.

El demandante, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), tenía 49 años de edad y, más de 750 semanas a la fecha de entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, razón por la que se debe tener en cuenta, se repite la edad, el tiempo de servicio, y el monto de la Ley 33 de 1985 y el ingreso base de liquidación del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

La parte demandante solicita tanto en sede administrativa como en sede judicial que se aplique el IBL con base en la normatividad anterior a la ley 100 de 1993, esto es, la ley 33 de 1985 en consonancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado para efectos de que se tengan todos los factores devengados en el último año de servicio.

Teniendo en cuenta que el Ingreso Base de Liquidación, de las personas beneficiadas con el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, como es el caso de la demandante debe ser liquidado conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante el último año de servicio o los últimos 10 años de servicio o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, pues con el régimen de transición consagrado en la citada ley el legislador no quiso mantener la aplicación en su totalidad de la normativa que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella y observando que la entidad demandada le reconoció la pensión de vejez a la parte actora, aplicando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es el promedio de los salarios del último año de servicio, los factores establecidos en el decreto 1158 de 1994 en un 75%, conforme con las normas aplicables al caso y al criterio fijado por la Corte Constitucional, el cual es acogido por este Despacho, es procedente negar las pretensiones de la demanda. En consecuencia, los actos administrativos acusados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los amparaba.

Costas: El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que *“Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán*

⁶ Por el cual se modifica el artículo 6o del Decreto 691 de 1994.

por las normas del Código de Procedimiento Civil”. El numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁷, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado⁸ ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.⁹

Por no evidenciar temeridad o mala fe las actuaciones desplegadas por la entidad y no probarse el valor en esa instancia de las agencias en derecho no se condenará en costas

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR configurada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la demandada según lo expuesto en las consideraciones de este proveído.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

TERCERO.- NO CONDENAR EN COSTAS, conforme a lo expuesto en precedencia

CUARTO.- En firme esta sentencia, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las correspondientes anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

⁷ Cfr. La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

⁸ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

⁹ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Melquisedec García Sánchez
Demandado: COLPENSIONES
Radicado: 110013335-017-2017-00344-00



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación: 83d49f92d08f333f3e83029dd43f23151715d7d5cdbaa1069ec20ac06d66d2f1
Documento generado en 14/09/2020 09:03:55 a.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C. SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., 14 de septiembre de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2017-00087-00

Demandante: JORGE ELIECER ESPINOSA GARCIA

Demandado: UGPP

Tema: Reliquidación – Régimen transición ley 100 de 1993- Ley 33 de 1985

Sentencia No.25

Procede el Despacho a proferir Sentencia Anticipada de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral, conforme con las siguientes

Consideraciones

Pretensiones

1. Que se declare nulidad de las Resoluciones RDP 057134 de 17 de diciembre de 2013, RDP 0484 de 09 de enero de 2014 y RDP 1295 de 16 de enero de 2014 por las cuales se niega la solicitud de reliquidación pensional conforme con la ley 33 de 1985.
2. Como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento, se solicita reliquidar la pensión de jubilación conforme con la Ley 33 de 1985, esto es, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.
3. Ordenar a la entidad demandada a reconocer y pagar las diferencias que resulten debidamente indexadas conforme con el índice de precios al consumidor.
4. Se condene a la entidad demanda a costas.
5. El cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y ss del CPACA

Tesis del demandante: El demandante sostiene que en virtud de los principios de favorabilidad e inescindibilidad de las normas se debe aplicar de manera íntegra el contenido de la ley 33 de 1985 y no como lo hace la entidad demandada de manera parcial en cuanto la edad, tiempo de servicio y porcentaje, mas no en cuanto a los factores salariales que se deben tener en cuenta para el cálculo de la pensión.

Fundamenta sus argumentos en la sentencia SU 112 del 4 de agosto de 2010 .

Tesis de la demandada: La entidad demandada se opone a que prosperen todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, en razón que los actos administrativos se expidieron conforme a derecho teniendo en cuenta el régimen de transición de la ley 100 de 1993. Señala que Corte Constitucional en Sentencia C-258 de 2013, SU 230 de 2015 dejó claro que el ingreso base de liquidación no forma parte del régimen de transición, ya que el legislador solo contempló la edad, tiempo y monto (entendido como tasa de reemplazo) como aspectos que se deben tener en cuenta del régimen anterior, por lo tanto, se debe aplicar las reglas expresamente señaladas en los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la ley 100(edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen anterior), pero el IBL con los 10 años o el tiempo que hiciera falta para adquirir el estatus pensional, si es menor y, los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994 (fls.43-57).

Alegatos de Conclusión

Demandante: La apoderada de la parte demandante, alegó de conclusión, realizó un recuento e indicó que el demandante a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, ostentaba 15 años de servicio e igualmente consolidó los 20 años antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 Indicó que el Decreto 3135 de 1968 permite que el empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de (55) años si es varón o (50) años si es mujer, se les aplique un régimen especial para

su pensión de jubilación, equivalente al 75% del salario promedio devengados durante el último año de servicios pues la especialidad del régimen pensional es el de ofrecer beneficios prestacionales para los empleados por sus condiciones de edad o tiempo de servicio.

La Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social - UGPP, presentó alegatos de conclusión, solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda reiterando los argumentos de la contestación de la demanda

Por otra parte, señala se debe aplicar la Sentencia de Unificación, emitida por el H. Consejo de Estado, C.P. Dr. César Palomino Cortes, del 28 de agosto de 2018, la cual unifico su criterio del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables.

Identificación de los actos demandados: Resoluciones RDP 057134 de 17 de diciembre de 2013 por el que niega la solicitud de reliquidación pensional, RDP 0484 de 09 de enero de 2014 y RDP 1295 de 16 de enero de 2014 por la que se confirma la anterior decisión.

Problema jurídico: El problema jurídico consiste en establecer si es procedente la nulidad de los actos administrativos demandados dado que el demandante tiene derecho a que la pensión de jubilación sea liquidada conforme con la ley 33 de 1985, esto es, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio y no como lo hace la entidad demandada, por ser beneficiario del régimen de transición de la ley 100 de 1993, o si conforme con lo argumentado por la entidad demandada, la pensión de la demandante debe ser liquidada de conformidad con los actos demandados esto es, el promedio de lo devengado del último año de servicio aplicando una tasa de remplazo del 75% y los factores que hayan servido de base para calcular los aportes en los términos del decreto 1158 de 1994.

Hechos probados: En el expediente se encuentran demostrados los siguientes hechos:

1. El demandante nació el 16 de diciembre de 1945 (fl.3)
2. Según el certificado expedido coordinadores gestión talento humano y financiera del Instituto Geográfico Agustín Codazzi donde laboró el demandante desde el 1º enero 1992 hasta el 30 de junio de 1993, los factores salariales y prestacionales devengados en el último año de servicios fueron: asignación básica, prima de antigüedad, auxilio alimenticio, bonificación por servicios prestados, prima servicios, prima de navidad y prima de vacaciones (fls. 19-20).

Solución al problema jurídico: no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda con base en Sentencia de Unificación 143 del 28 de agosto de 2018¹ de la Sala Plena del Consejo de Estado, porque en virtud de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en materia de seguridad social, la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 1º y 48 constitucional modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005 del régimen de transición de la ley 100 de 1993 permite que la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto y el monto de la misma, sean las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994), tuvieran la edad de treinta y cinco (35) años en el caso de las mujeres; o cuarenta años (40) o más en el caso de los hombres; o que, indistintamente, tuvieran quince (15) o más años de servicios y, las demás condiciones y requisitos aplicables para obtener tal derecho son los contenidos con las disposiciones de la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

¹ Expediente 52001233300020120014301 Ponencia Dr. CESAR PALOMINO CORTES.

Sala Plena Consejo de Estado con ponencia del doctor Cesar Palomino Cortés², aclara que 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.

Y para ellos, señala como primera subregla que los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es así:

-. 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.

Y como segunda subregla 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.³⁴

A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman 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 servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

Tomando en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no se afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho fundamental a la pensión de los habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado asumir en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia. De esta forma, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) 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 (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.⁵

Caso concreto Las sentencias de unificación concluyen que de acuerdo con lo expresamente establecido

² Sentencia del 28 de agosto de 2018 de la Sala de los Contencioso Administrativo Consejo de Estado, **Expediente:** 52001-23-33-000-2012-00143-01, **Demandante:** Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, **Demandado:** Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en liquidación

³ Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho; en 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, con 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”.

⁴ 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 salarial en la liquidación de la mesada pensional y, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48,** para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

⁵ En este caso no razones jurídicas o fácticas que nos obliguen a apartarnos del precedente vertical porque, por ejemplo, (i) concurren hechos o elementos normativos o doctrinarios relevantes, no valorados por el juez superior en su momento, que alteran la admisibilidad del precedente para el nuevo caso; (ii) la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunciaron de manera contraria a la interpretación del superior jerárquico; u (iii) ocurrieron cambios normativos que hicieron incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico.

por el legislador en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por el constituyente en el acto legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del sistema de seguridad social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por lo tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables el IBL y, los factores salariales previstos con anterioridad a la ley 100 de 1993. Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la Ley de Seguridad Social en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale la Ley 4ª de 1992 y el Decreto reglamentario 1158 de 1994⁶ el cual dispone:

“El salario mensual base para calcular las cotizaciones 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 realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;”*

El señor demandante para efectos de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación no gozaba de un régimen de excepción, ni se encuentra dentro del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, por no contar con más de 15 años de servicios al 29 de enero de 1985.

El demandante, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), tenía 49 años de edad, mas de 15 años de servicio y, más de 750 semanas a la fecha de entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, razón por la que se debe tener en cuenta, se repite la edad, el tiempo de servicio, y el monto de la Ley 33 de 1985 y el ingreso base de liquidación del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

La parte demandante solicita tanto en sede administrativa como en sede judicial que se aplique el IBL con base en la normatividad anterior a la ley 100 de 1993, esto es, la ley 33 de 1985 en consonancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado para efectos de que se tengan todos los factores devengados en el último año de servicio.

Teniendo en cuenta que el Ingreso Base de Liquidación, de las personas beneficiadas con el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, como es el caso de la demandante debe ser liquidado conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante el último año de servicio o los últimos 10 años de servicio o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, pues con el régimen de transición consagrado en la citada ley el legislador no quiso mantener la aplicación en su totalidad de la normativa que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella y observando que la entidad demandada le reconoció la pensión de vejez a la parte actora, aplicando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es el promedio de los salarios del último año de servicio, los factores establecidos en el decreto 1158 de 1994 en un 75%, conforme con las normas aplicables al caso y al criterio fijado por la Corte Constitucional, el cual es acogido por este Despacho, es procedente negar las pretensiones de la demanda. En consecuencia, los actos administrativos acusados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los amparaba.

Costas: El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que *“Salvo en los procesos 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”*. El numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un

⁶ Por el cual se modifica el artículo 6o del Decreto 691 de 1994.

mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁷, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado⁸ ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.⁹

Por no evidenciar temeridad o mala fe las actuaciones desplegadas por la entidad y no probarse el valor en esa instancia de las agencias en derecho no se condenará en costas

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR configurada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la demandada según lo expuesto en las consideraciones de este proveído.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

TERCERO.- NO CONDENAR EN COSTAS, conforme a lo expuesto en precedencia

CUARTO.- En firme esta sentencia, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las correspondientes anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

⁷ Cfr. La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

⁸ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

⁹ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jorge Eliecer Espinosa
Demandado: UGPP
Radicado: 110013335-017-2017-00087-00



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación: **04974efdd9e4cec5d2efcac34e091e46cca3976372d67642d0adc519b16d61fe**
Documento generado en 14/09/2020 09:01:52 a.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2020

Sentencia No. 40

Radicación: 1100133335017-2017-00058-00
Demandante: Juan Espinosa Márquez
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea Colombiana y Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema: Reajuste AR con base en el reajuste de la AA conforme I.P.C.

Escuchados los alegatos de las partes y evidenciando que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral propuesto por el señor Juan Espinosa Márquez contra la Nación – Ministerio de Defensa – Fuerza Aérea Colombiana y como vinculada la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, teniendo en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES

Pretensiones:

- 1.- Que se declare la nulidad del Oficio No. 20153440275131 de fecha 16 de diciembre de 2016, proferido por el Jefe de Desarrollo Humano de la Fuerza Aérea.
- 2.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de Restablecimiento del Derecho se condene al Ministerio de Defensa Nacional - Fuerza Aérea, a reajustar la última base salarial o asignación básica que el demandante devengó con el grado de Teniente Coronel activo, hasta el momento de su baja efectiva; debiéndose modificar en tal sentido la hoja de servicios del Oficial (R) Espinosa Márquez con la nueva actualización monetaria con base al reajuste de IPC, aplicando la situación más favorable del sueldo para la época de los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 y con efectos posteriores para el grado de Teniente Coronel; quedando como última asignación básica hasta el año 2015 un valor de \$3.066.529, conforme la reliquidación de la asignación aporta en la demanda.
- 3.- Una vez reajustada la última asignación básica del demandante hasta el año 2015 se condene al Ministerio de Defensa Nacional - Fuerza Aérea, a reliquidar los salarios y/o mesadas no prescritas incluyendo todas los haberes percibidos por el actor, cancelando las diferencias salariales que resulten de restar los valores obtenidos mediante este reajuste, a los dineros cancelados durante la calidad de activo hasta el último sueldo devengado.
- 4.- Se condene al Ministerio de Defensa Nacional - Fuerza Aérea, a reliquidar las cesantías del demandante y se proceda a cancelar las diferencias monetarias que resulten de restar de los nuevos reajustados, menos los valores ya cancelados por concepto de dichas cesantías, junto con sus respectivos intereses.
- 5.- Una vez reajustada la última asignación básica del actor, se ordene al Ministerio de Defensa Nacional - Fuerza Aérea, enviar dicha novedad administrativa en la hoja de servicios a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
- 6.- Se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reajustar la asignación de retiro del demandante y cancelar las diferencias de las mesadas que resulten de restar al reajuste de la misma, los valores ya devengados por este concepto.
- 7.- Que los valores que resulten de esta reliquidación en cada uno de los respectivos conceptos que resulten afectados por la misma, se indexen bajo las formulas establecidas para tal fin por parte del Consejo de Estado.

Tesis del demandante: Concluye que, bajo la órbita del artículo 13 de la carta política, las disposiciones que ponen en igual nivel a retirados y activos a través del mentado principio de oscilación y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es evidente el tratamiento discriminatorio y desigual que surge cuando en la praxis la asignación básica de un miembro retirado con asignación de retiro o pensión adquirida antes de 2004, regido también por el mismo principio de oscilación como Teniente Coronel, para el año 2015 incluso y

subsiguientes, se encuentre devengando una asignación básica mayor a la del demandante quien también ha sido teniente coronel como su ultimo grado dentro de la institución y como referente en el pago de las mesadas posteriores en calidad de asignación de retiro.

Tesis de la demandada Nación – Ministerio de Defensa Nacional: Señala que por mandato constitucional, art. 217 y 218, la fuerza pública goza de un régimen especial y cada año el gobierno nacional expide un decreto a través del cual realiza los respectivos reajustes salariales demandables ante la Corte Constitucional.

En este orden el Ministerio no tiene la competencia para modificar el contenido de los decretos presidenciales, mal podría exigírsele una potestad que no ha sido conferida, con fines de satisfacer los reclamos de orden salarial (fls.49-68).

Tesis de la demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL: Indica que no ha violado la ley y en acatamiento a ella, reajusta las asignaciones de retiro conforme a los aumentos ordenados al servicio activo, en virtud del principio de oscilación. Soporta sus argumentos en jurisprudencia del Sección Segunda de Consejo de Estado en donde la corporación argumenta que el reajuste pretendido no es procedente porque éste solo surgió a favor de quienes tenían consolidada su situación pensional para los periodos señalados.

Precisa que el principio de oscilación, es asimilable tanto conceptual como en su finalidad al principio de mantenimiento del poder adquisitivo de pensiones, siendo el primero propio del régimen especial de los miembros de las fuerzas militares el cual se ha consagrado en el artículo 169 del Decreto 1211/1990 y el artículo 42 del Decreto 4433/2004, consagrándose taxativamente la prohibición de la aplicación de un régimen diferente para efectos del reajuste de las asignaciones de retiro (fls.83-105).

Problema jurídico: El problema jurídico consiste en establecer si es procedente ordenar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional la reliquidación de la asignación por actividad en el periodo comprendido entre 1997 y 2004 en los términos en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, con ocasión a ello, si es procedente el reajuste de la asignación por retiro desde su efectividad, teniendo en cuenta la nueva base salarial y, el consecuente pago de los retroactivos a que haya lugar.

Solución al problema jurídico: No prosperan las pretensiones de la demanda en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Fuerza Aérea Colombiana y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL teniendo en cuenta que para los años reclamados el demandante mientras estuvo en actividad se le reajustaron sus salarios de conformidad con la escala gradual porcentual, a través de los decretos que expidió para esa época el Gobierno Nacional, los cuales no pueden ser modificados a través de una decisión judicial por ser una escala gradual por disposición de la Constitución Política, diferente acontece con los incrementos efectuados a las asignaciones de retiro basadas en el principio de oscilación para mantener el equilibrio entre los incrementos efectuados al personal activo y los realizados al personal en retiro que disfruta de una pensión o asignación de retiro que para los años comprendidos entre 1997 y 2004 pudieron ser modificados por vía judicial por haber sido inferiores al IPC en virtud de lo dispuesto por la Ley 238 de 1995 ese reajuste para los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 tuvo lugar de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, en tanto resultaba más favorable que el establecido por el gobierno nacional, en aplicación del principio de oscilación, incidiendo dicho incremento positivamente en la base de la asignación por retiro¹.

¹ A partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el reajuste ya no se haría más de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, sino con aplicación del principio de oscilación, previsto en el artículo 42 del citado Decreto, pero que en todo caso, la base de la asignación de retiro a 31 de diciembre de 2004 debe contemplar el reajuste que en el pasado se ordenó con fundamento en fundamento la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004. En otras palabras, los incrementos que se efectúen sobre la asignación de retiro de un oficial o suboficial de la Fuerza Pública en retiro a partir de la entrar en vigencia el Decreto 4433 de 2004, esto es el 31 de diciembre de 2004, no pueden desconocer que dicha asignación de retiro, en su base, experimentó un incremento en virtud del reajuste que en sede judicial se ordenó con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, sobre el cual en todo caso deberá incrementarse a futuro, en virtud del principio de oscilación. Una interpretación en contrario desconocería el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos de la Constitución Política, esto es, en el inciso sexto del artículo 48 y en el inciso tercero del artículo 53, derecho que a juicio de la Sala constituye una expresión del principio de Estado Social de Derecho, de la protección especial que establece la carta Política a las personas de la tercera edad y de los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil.

Conforme con el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, el reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares se efectúa conforme al principio de oscilación, esto es, con base en el incremento de los sueldos del personal en actividad cuyo aumento porcentual a su vez depende del 100% de lo que devenga un coronel en servicio activo y no con base en la prestación reconocida a un Coronel en situación de retiro, por lo que no hay lugar a ordenar la reliquidación solicitada.

Así las cosas, el referente para efectuar la reliquidación de la asignación de retiro es el sueldo de los miembros de la fuerza pública en servicio activo, fijado por el Gobierno Nacional en virtud de la competencia asignada por la Constitución Política.

Régimen pensional y prestación aplicable los miembros de la Fuerza Pública Sistema de oscilación y reajuste del IPC

El Gobierno Nacional, en uso de sus facultades extraordinarias emanadas de la Ley 66 de 1989, expidió una serie de normas que se encargaron de regular el régimen prestacional y pensional de los miembros pertenecientes a la Fuerza Pública, entre estos, los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990 y 1091 de 1995.

Respecto del principio de oscilación, el artículo 56 del Decreto 1211 de 1990 dice lo siguiente:

“Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. El personal del nivel ejecutivo o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la Administración Pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.”

El principio de oscilación, tiene como finalidad garantizar que las pensiones reconocidas a los miembros retirados de la fuerza pública, mantengan su poder adquisitivo, recibiendo el mismo incremento anual que el Gobierno Nacional dispone para los miembros activos de la Fuerza Pública.

Posteriormente, se expidió la Ley 4º de 1992, en donde se señalan las normas, objetivos y criterios que deben observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Finalmente, la Ley 100 de 1993², estableció dentro de las excepciones para su aplicación en el artículo 279, a los miembros de la Fuerza Pública, por encontrarse en un régimen especial, no obstante, el artículo 1º de la Ley 238 de 1995, ordenó que los regímenes exceptuados no estaban excluidos de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 arriba transcrito, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:” **Parágrafo 4.** *Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.*

Así las cosas, legislador ordinario permite el reconocimiento de los beneficios de los artículos 14 y 142 de la Ley 100, a los pensionados de los regímenes exceptuados, esto es, el ajuste de su mesada pensional con base en el IPC certificado por el DANE.

En el año 2004, la Ley 923 mediante la cual se establecieron normas, objetivos y criterios que debe 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, estableció en el artículo 2 numeral 2.4 *El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas* y en el artículo 3 ibídem, determinó que *el régimen de*

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 10 de agosto de 2017, Expediente 25000-23-42-000-2013-00104-01 (3714-2014), demandante: Wilson Gerley Vallejo Garzón, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

² Que consagró el régimen general e integral de seguridad social en pensiones.

asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo que el incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo”.

El Gobierno Nacional en uso de sus facultades, expidió 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” y en su artículo 42 estableció el principio de oscilación determinando que las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado y que en ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El H. Consejo de Estado en sentencia del 17 de mayo de 2007³, de la Sala Plena de la Sección Segunda, mayoritariamente sostuvo que debía dársele aplicación al reajuste de la asignación de retiro con base en el artículo 14 de la Ley 100 de 1.993, haciendo de lado el reajuste con fundamento en el principio de oscilación, expresado lo siguiente:

“Por consiguiente, tratase aquí, entonces, del enfrentamiento de las previsiones de una ley marco (4ª de 1992) y de una ley ordinaria (238 de 1995) modificatoria de la ley que creó el Sistema de Seguridad Social Integral (ley 100 de 1993), que según la Caja demandada no podría “interpretarse la segunda en contravención” de la primera.

Para comenzar no se trataría simplemente de la “interpretación” de la ley 238, sino de su aplicación, porque le creó a partir de su vigencia el derecho al grupo de pensionados de los sectores arriba relacionados, entre ellos a los pensionados de la Fuerza Pública, el derecho al reajuste de sus pensiones de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor y a la mesada 14.

Ahora bien, la Sala solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y más favorable, según se verá más adelante, en lugar de una ley marco anterior y su decreto 1212 de 1990 que la desarrolla, bajo la condición de que aquella fuera incompatible con la Constitución Política, debido a que esa es la única hipótesis constitucional para dejar de aplicar una ley que no ha sido declarada inexecutable.

Y la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es más favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior.

En efecto, en el caso concreto la Sala pudo establecer que al actor le resulta más favorable el reajuste de la pensión, con base en el IPC (Ley 100 de 1993), como lo demuestra el siguiente cuadro comparativo, efectuado por el Contador de la Sección Cuarta de esta corporación, según lo dispuesto en auto proferido con fundamento en el artículo 169 del C.C.A.

Lo anterior determina, además, que frente a los alegatos del acto acusado que enfrenta el sistema de reajustes de la oscilación de las asignaciones en actividad, que según la Caja demandada deben prevalecer sobre el del artículo 14 de la ley 100, el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, que para la Sala no la hay, por lo dicho anteriormente”.

Posteriormente, el H. Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección b, el 19 de febrero de dos mil nueve (2009), con ponencia del Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, sostuvo que el reajuste de las asignaciones de retiro y de las pensiones de los miembros de la Policía con base en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, solo podría hacerse hasta el año 2004, puesto que, a partir de dicha anualidad, imperó de nuevo el principio de oscilación para el reajuste de las prestaciones en mención:

“(…) En ese orden, el ajuste de las asignaciones de retiro a partir del año de 1995 deberá hacerse con fundamento en el I.P.C. que certifique el DANE; fórmula aplicable hasta el año de 2004, en razón de que el propio Legislador

³ H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 17 de mayo de 2007, Expediente No. 8464-05, Actor: José Jaime Tirado Castañeda, Consejero Ponente Dr. Jaime Moreno García.

volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través del artículo 3 [3.13] de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año (...)" (Resalta el Despacho)

El régimen de Agentes, de oficiales y suboficiales activos de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares.

La Constitución Política en sus artículos 217 y 218, señala que los Miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, gozan de un régimen especial, de igual manera, el artículo 150 numeral 19 literal e) ibídem, establece que el Congreso de la República deberá dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno a la hora de fijar el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública.

Expedida la Ley 4º de 1992 se establecieron las normas, objetivos y criterios que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública, tal y como lo preceptúa en su artículo 1º literal d).

De acuerdo a lo anterior y dando cumplimiento a lo dispuesto por el legislador se expide cada año el Decreto que fija los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, para la liquidación de los salarios del personal en actividad de las fuerzas militares y para las asignaciones de retiro, estas se reajustan anualmente de acuerdo con las variaciones que se introduzcan en las asignaciones del personal en actividad, esto es, conforme al principio de oscilación.

El Decreto 107 de 1996, “*Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (...)*”, estableció en su artículo 1º lo siguiente: “**Artículo 1.** De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4ª de 192, fijase la siguiente escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública.

Los sueldos básicos mensuales para el personal a que se refiere este artículo, corresponderán al porcentaje que se indica para cada grado, con respecto a la asignación básica del grado de General.

Oficiales	%
General	100%
Mayor General	90%
Brigadier General	80%
Coronel	60%
Teniente Coronel	44.30%
Mayo	38.60%
Capitán	30.50%
Teniente	26.70%
Subteniente	23.70%
Suboficiales	
Sargento Mayor	26.40%
Sargento Primero	22.60%
Sargento Viceprimero	19.50%
Sargento Segundo	17.40%
Cabo Primero	16.40%
Cabo Segundo	17.90%
Nivel Ejecutivo	
Comisario	45.50%
Subcomisario	38.30%
Intendente	33.90%
Subintendente	26.40%
Patrullero	20.30%

En lo que se refiere al reajuste salarial, el Gobierno Nacional ha tomado como base el porcentaje de asignación básica del grado de General cada año expidiendo los siguientes Decretos:

Decreto 122 de 1997	Decreto 407 de 2006
Decreto 058 de 1998	Decreto 1515 de 2007
Decreto 062 de 1999	Decreto 673 de 2008
Decreto 2724 de 2000	Decreto 737 de 2009
Decreto 2737 de 2001	Decreto 1530 de 2010
Decreto 745 de 2002	Decreto 1050 de 2011
Decreto 3552 de 2003	Decreto 0842 del 2012
Decreto 4158 de 2004	Decreto 1017 de 2013
Decreto 923 de 2005	Decreto 0187 de 2014

Con base en lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado, el 8 de septiembre de 2017, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el proceso con Radicación número: 25000-23-42-000-2013-06382-01(3700-14, señaló lo siguiente

*“(…) para regular los salarios del personal de la fuerza pública, el Gobierno Nacional aplica la escala gradual, razón por la cual ésta no puede ser modificada por decisión judicial, mientras que, para calcular las asignaciones de retiro, se basa en el principio de oscilación, con el fin **de mantener el equilibrio entre los incrementos efectuados al personal activo y los realizados al personal en retiro** que disfruta de una pensión o asignación de retiro. (...) el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en la Ley 4ª de 1992, es quien fija el régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública, acatando lo dispuesto en el artículo 150 de la Constitución Política; es más, **al demandante mientras estuvo en actividad se le reajustaron sus salarios de conformidad con la escala gradual porcentual**, a través de los decretos que expidió para esa época el Gobierno Nacional.”* (Negrilla fuera de texto)

De esta forma, el Gobierno Nacional al expedir anualmente los Decretos que fijan el régimen salarial busca el equilibrio entre los militares activos y los retirados.

Caso concreto

Se encuentra probado que al **TENIENTE CORONEL ® JUAN ESPINOSA MÁRQUEZ**, se retiró del servicio y se reconoció asignación de retiro a partir del 31 de marzo de 2016. Por lo tanto, si hubiere lugar a reconocerse algún reajuste de acuerdo con los porcentajes del I.P.C., este debe ser objeto de estudio desde el año 1997 hasta el año 2004 como lo solicita la demanda.

Ahora bien, para los años 1997 a 2004 el demandante se encontraba en servicio activo siéndole aplicable los siguientes decretos que reajustaron su asignación salarial de acuerdo a la escala gradual de cada año:

Decreto 122 de 1997
Decreto 058 de 1998
Decreto 062 de 1999
Decreto 2724 de 2000
Decreto 2737 de 2001
Decreto 745 de 2002
Decreto 3552 de 2003
Decreto 4158 de 2004

No prosperan las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que para los años reclamados el demandante mientras estuvo en actividad se le reajustaron sus salarios de conformidad con la escala gradual porcentual, a través de los decretos que expidió para esa época el Gobierno Nacional, los cuales no pueden ser modificados a través de una decisión judicial por ser una escala gradual por disposición de la Constitución Política, diferente acontece con los incrementos efectuados a las asignaciones de retiro basadas en el principio de oscilación para mantener el equilibrio entre los incrementos efectuados al personal activo y los

realizados al personal en retiro que disfruta de una pensión o asignación de retiro que para los años comprendidos entre 1997 y 2004 pudieron ser modificados por vía judicial por haber sido inferiores al IPC en virtud de lo dispuesto por la ley 238 de 1995 ese reajuste para los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 tuvo lugar de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, en tanto resultaba más favorable que el establecido por el gobierno nacional, en aplicación del principio de oscilación, incidiendo dicho incremento positivamente en la base de la asignación por retiro⁴.

Conforme con el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, el reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares se efectúa conforme al principio de oscilación, esto es, con base en el incremento de los sueldos del personal en actividad cuyo aumento porcentual a su vez depende del 100% de lo que devenga un Teniente coronel en servicio activo y no con base en la prestación reconocida a un Teniente coronel en situación de retiro, por lo que no hay lugar a ordenar la reliquidación solicitada.

Así las cosas, el referente para efectuar la reliquidación de la asignación de retiro es el sueldo de los miembros de la fuerza pública en servicio activo, fijado por el Gobierno Nacional en virtud de la competencia asignada por la Constitución Política.

Sobre el particular, en reciente sentencia el Consejo de Estado⁵, ha señalado:

[...]

En reiteradas oportunidades se han venido formulando por parte de la fuerza pública reclamaciones tendientes a obtener un reajuste en la asignación de retiro, las cuales se han sustentado en la variación porcentual del índice de precios al consumidor; dichas peticiones fueron reconocidas durante los años 1997 a 2004 que fue en aquellos en los cuales se originó una diferencia en el porcentaje de incremento, entre el principio de oscilación y el IPC.

En efecto, los valores que se han reajustado en relación a las asignaciones de retiro tanto para algunos miembros de la Policía Nacional como de las Fuerzas Militares, son el resultado de acciones de tutela o de decisiones judiciales dictadas en ejercicio de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales tiene trascendencia sólo entre las partes que intervinieron en el proceso y por lo tanto no generan una obligación ni un derecho adquirido a los demás servidores de las Fuerzas Armadas o de la Policía⁶.

[...]

De lo expuesto, se concluye que las providencias por medio de las cuales se ordenó el reajuste de la asignación de retiro de algunos coroneles conforme al índice de precios al consumidor (IPC), no tienen el alcance de modificar los decretos por medio de los cuales el ejecutivo fijó los sueldos de los miembros de la fuerza pública, pues solo afectan la situación de los sujetos que actuaron dentro de dichos procesos, comoquiera que sus efectos son *inter partes*.

Costas: El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que “Salvo en los procesos 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”. El numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por

⁴ A partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el reajuste ya no se haría más de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, sino con aplicación del principio de oscilación, previsto en el artículo 42 del citado Decreto, pero que en todo caso, la base de la asignación de retiro a 31 de diciembre de 2004 debe contemplar el reajuste que en el pasado se ordenó con fundamento en fundamento la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004. En otras palabras, los incrementos que se efectúen sobre la asignación de retiro de un oficial o suboficial de la Fuerza Pública en retiro a partir de la entrar en vigencia el Decreto 4433 de 2004, esto es el 31 de diciembre de 2004, no pueden desconocer que dicha asignación de retiro, en su base, experimentó un incremento en virtud del reajuste que en sede judicial se ordenó, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, sobre el cual en todo caso deberá incrementarse a futuro, en virtud del principio de oscilación. Una interpretación en contrario desconocería el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos de la Constitución Política, esto es, en el inciso sexto del artículo 48 y en el inciso tercero del artículo 53, derecho que a juicio de la Sala constituye una expresión del principio de Estado Social de Derecho, de la protección especial que establece la carta Política a las personas de la tercera edad y de los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 10 de agosto de 2017, Expediente 25000-23-42-000-2013-00104-01 (3714-2014), demandante: Wilson Gerley Vallejo Garzón, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER, sentencia del veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 25000-23-42-000-2013-06375-01(2644-15), Actor: Andrés Plazas Rodríguez, Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 10 de agosto de 2017, Expediente 25000-23-42-000-2013-00104-01 (3714-2014), demandante: Wilson Gerley Vallejo Garzón, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁷, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado⁸ ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.⁹

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, en razón a que en el expediente no hay prueba sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, como **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por el señor Juan Espinosa Márquez contra la **Nación – Ministerio de Defensa – Fuerza Aérea Colombiana y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

TERCERO. Una vez en firme esta sentencia, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si lo hubiere. Por Secretaría del Juzgado **ARCHÍVESE** el proceso, previas las correspondientes anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

⁷ Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el párrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

⁸ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

⁹ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley” Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (regla nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Radicado No. 110013335017-2017-00058-00

Demandante: Juan Espinosa Márquez

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Fuerza Aérea Colombiana y Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación:

640cfc37eee314ae3d5a72bd8e3b41b968b958b574d83326360405638bb25673

Documento generado en 14/09/2020 07:05:20 p.m.



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D.C., Catorce de septiembre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2019-00056-00

Demandante: MARTHA CECILIA ROJAS AYALA

Demandado: Ministerio de Educación Nacional - FOMAG

Tema: Reliquidación docente – Descuentos en Salud

Sentencia No. 35

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación, presentados los alegatos de las partes, no evidenciando nulidad que vice lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral referente teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

1.- Solicita se declare la nulidad de la Resolución N. 435 de 24 de enero de 2019, por la cual se niega una solicitud de reliquidación pensional y el reintegro de los descuentos por salud realizados sobre las mesadas adicionales.

2.- A título de restablecimiento y derecho se ordene, la reliquidación pensional incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año del status pensional, esto es, del 13 de julio de 2016 al 12 de julio de 2017. y, la suspensión y el reintegro de todos los descuentos realizados con destino a la salud sobre las mesadas adicionales.

3.- Condenar a la demandada a reconocer y pagar a favor de la accionante el valor de los reajustes que se causen por los conceptos ya referidos, desde el momento en que se reconoció la pensión, la indexación sobre los valores adeudados, el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y ss. del CPACA y costas a cargo de la entidad demandada.

Normas violadas y concepto de violación La demandante invocó la Ley 91 de 1989, artículo 15, la ley 33 de 1985, artículo 1º, la ley 62 de 1985 en consonancia con el decreto 1045 de 1978, los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48, 49, 53 y 58, la ley 4 de 1966 y su decreto reglamentario 1743 de 1966, ley 6 de 1945, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, ley 91 de 1989, decreto 1073 de 2003, ley 1250 de 2008 y 812 de 2003 art. 81.

Soporta sus argumentos en las sentencias del 6 de abril de 2011 radicados 11001032500020040022001, 11001032500020050023400 y la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, el H Consejo de Estado, para efectos de que se ordene incluir todos los factores salariales devengados por el trabajador en el último año de la adquisición del estatus pensional.

Señala que el incremento de los aportes en salud conforme el artículo 81 de la ley 812 de 2003 los obliga a asumir la totalidad de los aportes de la cotización del 12%, toda vez que la norma remite a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. De esta forma el incremento de la cotización y su remisión a la Ley 100, no es otra que la derogatoria del numeral 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989, razón por la que resulta aplicable lo señalado en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002 además de la ley 43 de 1984 disposiciones que señalan la prohibición de realizar cualquier descuento sobre las mesadas adicionales. De igual manera aporta extractos de jurisprudencia del Tribunal Administrativo de

Cundinamarca y Consejo de Estado, los cuales no avalan los descuentos por concepto de salud de las mesadas adicionales por cuanto al realizar el descuento en la mesada adicional se descontaría el 24%.

Alegatos conclusivos

La demandante, señala que en el caso bajo estudio se debaten dos asuntos; la inclusión de la totalidad de los factores salariales, que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación de la actora, y el reintegro y suspensión de los descuentos en salud, efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Indicó, que si bien el Acto Legislativo 01 de 2005, modificó el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, estableció que en la liquidación de las pensiones, sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado, cotizaciones al sistema pensional, lo cual fue ratificado en la Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, proferida por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, con Ponencia del Magistrado Dr. César Palomino Cortés, en la que se determinó que los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación, son solo aquellos sobre los cuales se haya efectuado cotizaciones al sistema pensional; el H. Consejo de Estado, se ha pronunciado, respecto de la interpretación y aplicación de la Ley 33 de 1985, en Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010, en relación con los factores que integran el ingreso base de liquidación, al señalar, que no deben interpretarse en forma taxativa sino enunciativa, a fin de no vulnerar los principios de progresividad, igualdad, primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que considera, que no puede concluirse automáticamente que los factores que no han sido objeto de deducciones de ley, deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, toda vez que es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar, ya que la protección del erario público debe ser armonizado con los derechos laborales.

Señala que el empleador es quien debe realizar el descuento al trabajador por los aportes o cotizaciones al sistema de seguridad social y el respectivo pago a las entidades encargadas del reconocimiento pensional, lo cual se omitió en el caso bajo estudio, pero que no por ello se puede afectar el derecho de la actora, a que le sean incluidos en la liquidación de su pensión todos los factores que devengó habitualmente.

Por último, en lo relacionado con los descuentos en salud, sobre las mesadas adicionales, reiteró los argumentos expuestos en la demanda, para lo cual citó nuevamente la normatividad que consideró aplicable, resaltando que desde el año 2003, el régimen de cotización en salud a cargo del sector docente pensionado, es el mismo que se aplica para los destinatarios de la Ley 100 de 1993, regidos por el régimen contributivo, y que por mandato expreso de la Ley 812 de 2003, no es dable otorgar un tratamiento diferente a los docentes oficiales pensionados. Agregó, que los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, establecieron las mesadas adicionales de junio y diciembre y sobre la prohibición de los descuentos en salud sobre dichas mesadas, se pronunció el H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 16 de diciembre de 1997

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. El Director de Defensa Jurídica, presentó escrito de intervención en el proceso de la referencia, solicitando negar las pretensiones de liquidación de la pensión de jubilación de la actora, con la inclusión de factores salariales sobre los cuales no haya realizado el respectivo aporte o cotización, en atención a la Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida por el H. Consejo de Estado, precedente jurisprudencial, que resalta, tiene carácter obligatorio y vinculante, en el que claramente se estableció que cualquiera que sea el régimen prestacional que regule el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez, para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial, en su liquidación solamente se deben tener cuenta los factores sobre los que se realizaron los respectivos aportes o cotizaciones.

Hizo referencia, a la normatividad relacionada con la pensión de jubilación y vejez de los docentes oficiales, indicando, que son dos los regímenes aplicables según la fecha de vinculación al servicio educativo, el primero, corresponde a lo señalado en la Ley 33 de 1985, por remisión de la Ley 91 de 1989 y el segundo, al régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, resaltando, los requisitos que se deben cumplir para acceder a la pensión, cuando se trata de docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, y aquellos vinculados a partir de su vigencia, a quienes se les aplican los requisitos del régimen de prima media, esto es, la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, manifestando, que en todo caso, en cualquiera de los dos regímenes se deben incluir en la liquidación de la pensión, únicamente los factores sobre los cuales se efectuó el respectivo aporte o cotización, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994, y que además, en armonía con el Acto Legislativo 01 de 2005, en la liquidación de las pensiones sólo se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones, y los docentes no se encuentran exceptuados de esa disposición.

Por otra parte, precisó, sobre las reglas jurisprudenciales contenidas en la referida Sentencia de Unificación, proferida por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, el 25 de abril de 2019, en relación con el Ingreso Base de Liquidación, en las pensiones de jubilación y vejez de los docentes, y las razones por las cuales se ordenó que en dicha liquidación solamente se debían tener en cuenta los factores sobre los cuales se realizaron los correspondientes aportes o cotizaciones

Problema jurídico

Primer problema jurídico consiste en establecer si debe incluirse en el ingreso base de liquidación del demandante todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional por ser beneficiario del régimen de transición docentes establecido en la ley 812 de 2003 o si por el contrario no es procedente anular los actos demandados teniendo en cuenta que la entidad aplicó correctamente la Ley 33 de 1985 considerando el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el año anterior al de adquisición del status de pensionado.

El segundo problema jurídico consiste en establecer si es procedente declarar la nulidad del acto demandado por la derogatoria del inciso 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989 por parte del inciso 4 del artículo 81 de la ley 812 de 2003 el cual remite a la ley 100 de 1993 el tema de los descuentos en salud y la aplicabilidad de la ley 43 de 1984 y el parágrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002 en donde se prohíbe descuento alguno sobre **las mesadas pensionales adicionales** o si por el contrario, como lo señala la entidad demandada, es procedente realizar los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales conforme con el inciso 5º del artículo 8 de la ley 91 de 1989 porque el inciso 4 del artículo 81 de la ley 812 de 2003 solo reguló el valor total de la tasa de cotización por parte de los docentes afiliados al Fondo Nacional a la suma de aportes que para salud e establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, sin modificar la obligación de los afiliados a aportar sobre las mesadas adicionales

La solución del primer problema jurídico. Consideramos que se debe aplicar la voluntad del legislador razón por la que la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante corresponde al 75% del promedio de los factores que sirvieron de base para los aportes o cotizaciones durante el último año de servicio

La solución al segundo problema jurídico.- es procedente declarar la nulidad del acto demandado dado que la interpretación más acorde con la Constitución Política, especialmente con el derecho a la igualdad es la de que en el ejercicio de la autonomía legislativa la Ley 812 de 2003 determinó la regulación de la cotización en salud sobre las mesadas ordinarias mas no sobre las mesadas adicionales las cuales son una prestación separable del sistema especial razón por la que la prohibición del régimen general es aplicable también a los docentes de conformidad con la ley 43 de 1984 y el artículo 1 del decreto 1073 de 2002

Hechos probados

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos:

- Resolución No.2699 de 13 de marzo de 2018 mediante la cual reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a partir del 13 de julio de 2017 incluyendo en el IBL del último año en que adquiere su status pensional la asignación básica, la bonificación decreto, la prima de vacaciones en un 75%, folio 18
- Resolución N.435 de 24 de enero de 2019, por la que se niega la reliquidación de una pensión vitalicia de jubilación y el reintegro de descuentos por salud.
- Certificado de salarios de los años 2016 y 2017 en donde se indica que los factores sobre los cuales se cotiza para el sistema de seguridad social son la asignación básica y la prima de vacaciones, folio 27.
- Extractos de pago visible a folio 53 en donde se observa que sobre la mesada adicional de diciembre se realiza el descuento por aportes en salud.

Reliquidación Pensional Docente

De conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 , las personas vinculadas al servicio educativo, a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a la misma, se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003. Criterio que fue ratificado por el parágrafo transitorio 1.º del Acto Legislativo 001 de 2005:

«[...]Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 [...]».

Así las cosas, toda vez que en el presente asunto la demandante se vinculó al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, antes el 26 de junio de 2003, se colige que se rige por la Ley 91 de 1989 en lo referente al régimen pensional normatividad que a su vez permitió la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985 y Decreto 3135 de 1968,.

Recuerda el despacho que en cuanto a la liquidación de la mesada pensional, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 señaló que sería el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. En el caso de los docentes los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al estatus y/o al retiro del servicio, pues dada la condición de ser un régimen especial, estos pueden recibir mesada pensional y paralelamente obtener una remuneración salarial hasta la edad de retiro forzoso.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificó el inciso 2 del artículo 3º de la citada Ley 33 del mismo año, adicionó tres (3) factores salariales a la lista allí consignada.

Respecto a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, el Consejo de Estado, mediante sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila¹, retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, arribando a la conclusión que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los

¹ Expediente No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), Actor: Luís Mario Velandia.

misimos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión se adoptó en consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda, al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945.

Ahora bien, la Sala Plena del Consejo de Estado replanteó su tesis mediante Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, con ponencia del doctor Cesar Palomino Cortés al señalar de manera clara que la regla referente al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la primera subregla que tiene que ver con el periodo de liquidación de la pensión no resulta aplicable a los docentes oficiales afiliados al Fomag y en la segunda (2a) subregla aclaró que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiados con la ley 33 de 1985 son únicamente aquellos factores sobre los que se haya realizado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, lo anterior se sustenta en el artículo 48° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho y lo desarrolla en consonancia con el acto legislativo 01 de 2005 cuyo inciso 6o expresamente dispone que “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”.

Consideramos que se debe aplicar la voluntad del legislador razón por la que la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante corresponde al 75% del promedio de los factores que sirvieron de base para los aportes o cotizaciones durante el último año de servicio.

Así lo determinó la sentencia unificada del Consejo de Estado del 15 de mayo de 2019²

“...De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así: a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, **los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.** b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones...”

Efectos retrospectivos de la sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019 Retomando lo indicado en Sala Plena, la anterior sentencia unificada de la sección segunda acudió al método de aplicación retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que es obligatorio para todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Los efectos de la decisión, dice el fallo, garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia unificada. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas

²Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 Sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17)SUJ-014-CE-S2-19

con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley.

Caso concreto

Se encuentra acreditado que mediante **Resolución No.2699 de 13 de marzo de 2018 la Secretaria de Educación Distrital** reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación de la accionante con correspondiente a un 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios anterior al cumplimiento de la adquisición del status de pensionada teniendo en cuenta como factores la **asignación básica, bonificación decreto y prima de vacaciones**, efectiva a partir del 13 de julio de 2017 (fl.18 vto).

Posteriormente, mediante Resolución No. 435 de 24 de enero de 2019 niega el ajuste a la pensión de jubilación dado que la inclusión de la prima de navidad y especial no están reconocidos dentro de los convenios administrativos celebrados entre la Nación, el Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Distrito capital.

En el sub lite está demostrado que la accionante se vinculó como docente en propiedad desde el 13 de junio de 1997, es decir, antes de la fecha de vigencia de la Ley 812 de 2003 - 27 de junio de 2003- por lo cual su régimen pensional corresponde al previsto en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables, adquiriendo su status pensional a partir del 12 de julio de 2017 (fl. 18).

Obra certificación de salarios devengados en los periodos 2016 – 2017 donde se registra que devengó en este periodo de tiempo el sueldo, prima especial, la prima de servicios, la bonificación decreto, la prima de vacaciones y la prima de navidad y como factores con los que se cotiza la pensión la asignación básica y la prima de vacaciones.

Teniendo en cuenta que la entidad demandada incluyó además de los factores sobre los cuales cotiza al sistema de seguridad social la bonificación decreto de acuerdo con la jurisprudencia citada del 25 de abril de 2019 la demandante no tendría derecho a la reliquidación de su pensión razón por la que se negarán las pretensiones de la demanda.

Solución al segundo problema jurídico **Disposición normativa, estudio sobre la violación al derecho a la igualdad y, la prohibición del régimen general de realizar cualquier descuento sobre las mesadas adicionales tal como se dispone en el parágrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002**

El artículo 8º de la Ley 91 de 1989 posibilita la deducción del 5% de cada una de las mesadas, incluidas las mesadas adicionales.

No obstante, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 incrementa la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados quienes asumen la totalidad del 12%, toda vez que la norma remitió el asunto a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Sobre este tema es dable anotar que la Ley podía ordenar a los pensionados asumir integralmente la cotización en salud. En efecto, la sentencia C-126 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero, declaró exequible el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, que precisamente establece esa obligación en cabeza de los pensionados. La Corte consideró que, en desarrollo del principio de solidaridad (CP art. 1º), y con el fin de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, bien podía la ley ordenar que los pensionados asumieran esa cotización, teniendo en cuenta la reducción del número de trabajadores activos por pensionado, y que en el momento en que la persona reúne los requisitos para acceder a la pensión, entonces cesa su obligación de cotizar por tal concepto, y por ello, *“y sin que existan equivalencias matemáticas, la disminución del ingreso del jubilado, por cuanto debe asumir integralmente su cotización en salud, es en parte compensada por el hecho de que cesa la obligación de aportar para pensiones”*.

En esas circunstancias, señaló la Corte que no es inconstitucional que la norma acusada hubiera ordenado a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cubrir toda su cotización en salud.

El interrogante que subsiste es si la norma debió o no prever una regulación igual que en el régimen general que prohíbe descuento alguno sobre las mesadas pensionales adicionales (parágrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002³)

¿Hubo una presunta omisión legislativa? ¿el Congreso tenía la obligación de establecer para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que se han regido por un régimen de seguridad social específico, un mecanismo idéntico que prohíba descuento alguno sobre las mesadas adicionales tal como lo ordena el artículo 1 del decreto 1073 de 2002 establecido para los pensionados del régimen general de seguridad social?

El demandante considera que la ley tiene qué tratar de la misma manera a los pensionados del sistema general y a los pensionados del régimen especial docente, por esta razón el incremento de la cotización y su remisión a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, tiene como efecto la derogatoria tácita del numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989.

La Carta Política no establece diferenciaciones dentro del universo de los pensionados. Por el contrario, consagra la especial protección de las pensiones y de las personas de la tercera edad. No obstante, el legislador puede diseñar regímenes especiales para determinado grupo de pensionados, siempre que tales regímenes se dirijan a la protección de bienes o derechos constitucionalmente protegidos y no resulten discriminatorios. Es el caso del establecimiento de un régimen pensional especial para la protección de los derechos adquiridos por un determinado sector de trabajadores.

El respeto por los derechos adquiridos reviste aún mayor fuerza en tratándose de derechos laborales, pues el trabajo y la seguridad social gozan de una especial protección por parte de la Carta. Por este motivo, es razonable excluir del régimen general de seguridad social a aquellos sectores de trabajadores y pensionados que, gracias a sus reivindicaciones laborales, han obtenido beneficios mayores a los mínimos constitucional y legalmente protegidos en el régimen general.

Por las razones anteriores la Corte considera que el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, **que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cubija.** Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta⁴

³ **Parágrafo.** De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.

Art. 50. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión

Art. 142 Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988~~, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.

⁴ Sentencia C-461 de 1995, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamentos 4 y 5. Criterio reiterado, entre otras, en las sentencias C-941 de 2003, C-1032 de 2002, C-835 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999 y C-080 de 1999.

Un régimen especial se rige por normas propias, que son diversas de las reglas del régimen general, puesto que en eso consiste su especialidad. Igualmente la Corte ha señalado que un régimen de seguridad social es un sistema normativo complejo, en el que las diversas normas parciales adquieren sentido por su relación con el conjunto normativo global. Cada régimen especial es entonces un universo propio. Por ello, ha concluido que, en principio, no es viable comparar aisladamente aspectos puntuales de un régimen especial de pensiones o de salud y el sistema general de seguridad social, por cuanto cada aspecto puede tener en cada régimen un significado parcialmente distinto. **Así, una aparente desventaja en un punto específico del régimen especial frente al sistema general de seguridad social puede estar ampliamente compensada por unos beneficios superiores previstos por ese régimen especial en otros aspectos.** Y por ello se ha señalado con claridad que quienes se encuentren adscritos a un régimen especial de seguridad social, están obligados a someterse plenamente a su normatividad, sin que resulte válido reclamar la aplicación de los derechos y garantías reconocidas para el régimen común, pues no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica⁵. Y es que admitir que una persona afiliada a un régimen especial pueda reclamar ciertos aspectos puntuales del régimen general de seguridad social implicaría la creación de una *lex tertia*, que sería un verdadero tercer régimen, compuesto por algunos aspectos del sistema general de seguridad social y otros del régimen especial, lo cual desfiguraría totalmente la regulación establecida por la Constitución y la ley en materia de seguridad social.

Sin embargo, la Corte ha precisado que lo anterior no significa que sea imposible formular cargos de igualdad por eventuales discriminaciones que hayan podido ser ocasionadas en un régimen especial. Y precisamente con ese criterio, por ejemplo la sentencia C-461 de 1995 condicionó la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, pues consideró que esa norma, al exceptuar a los docentes del régimen de seguridad social general, había excluido a algunos pensionados afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la mesada adicional, sin prever para esos docentes un beneficio igual o equivalente a la dicha mesada adicional, lo cual era discriminatorio.

En principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a las otras prestaciones. Por ejemplo, la concesión de un tratamiento médico para ciertas dolencias puede, en muchos casos, no ser separable del conjunto de prestaciones previstas para la salud, por cuanto el régimen provee en general un paquete general de servicios. Así, el régimen de salud de un régimen especial puede ser globalmente superior, aunque sea menos benéfico en relación a un determinado servicio concreto, sin que por ello exista violación a la igualdad. **Pero en cambio, la mesada pensional adicional o la pensión de sobreviviente del cónyuge supérstite gozan de suficiente autonomía para ser consideradas prestaciones individualizables y separables del conjunto del sistema pensional, por lo cual ha sido procedente en tales eventos un examen específico de una eventual violación a la igualdad, debido a una regulación distinta en el sistema general de seguridad social y en los regímenes especiales.**

Análisis interpretativo.

En este orden de ideas, considerando que la mesada adicional es una prestación separable del conjunto del sistema pensional, no es dable argumentar que por ser beneficiario del sistema especial docente es procedente descontar a los aportes al sistema de seguridad social sobre dichas mesadas pues esto es un trato discriminatorio frente a una población similar que recibe una mesada adicional

⁵ Ver, entre otras, las sentencias C-1032 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999, Fundamento 3, C-080 de 1999 y T-348 de 1997.

sin ningún descuento por esa razón es aplicable la prohibición establecida en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002.

Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social. Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente.⁶

En el caso en estudio no encuentra el despacho que ante el pago adicional de aportes por salud en las mesadas adicionales el régimen especial docentes se haya previsto un beneficio superior al régimen general que prohíbe cualquier descuento sobre la mesada adicional, luego es notorio el trato desigual ante la inferioridad del beneficio que se pretende con el pago y la carencia de compensación es evidente puesto que el pensionado docente no recibe un resarcimiento adicional a dicho descuento lo cual va en contravía de la prestación aunado a que el aporte por concepto de salud se ha pagado con el descuento realizado la mesada ordinaria.

Así las cosas se debe entender que los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud los cuales tienen el carácter de **contribuciones parafiscales**, solamente se pueden hacer sobre las mesadas ordinarias puesto que existe una prohibición de cualquier descuento sobre las mesadas adicionales en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002.

Los aportes al sistema de salud por ser un gravamen que incide sobre la mesada pensional debe estar ordenado de manera clara en ley que así los establezca, en virtud del principio de legalidad, que debe permear toda contribución.

Tal apreciación ha sido considerada por la Corte Constitucional en Sentencia C-430 de 2009, de la siguiente forma:

“La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha atribuido a las cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, el carácter de contribuciones parafiscales, definidas como gravámenes establecidos **con carácter obligatorio por la ley para un determinado sector**, en que tales recursos se utilizan en su beneficio. Las contribuciones parafiscales no son otra cosa que un instrumento de intervención del Estado en la economía destinado a extraer recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, **y en tanto gravámenes, se encuentran ineludiblemente sujetas a los principios de legalidad y reserva de ley, progresividad, equidad y eficiencia como cualquier otro tributo.**” (C-430 de 2009).

Estimamos que hubo una derogatoria del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 razón por la que para el tema en estudio, debe darse total aplicación a la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 y, como quiera que el objeto de la disposición normativa fue establecer una contribución uniforme para todos los pensionados es entendible que dicha contribución sea sobre la mesada ordinaria, mas no sobre las mesadas adicionales.

Teniendo en cuenta que las mesadas adicionales son una prestación separable al sistema especial la prohibición del régimen general establecido en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002 es aplicable a los docentes.

Para el despacho es dable entender que si el legislador quiso establecer una misma contribución parafiscal para los pensionados esto ha sido **en virtud del principio de igualdad** frente a una

⁶ Sentencia C-080/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, criterio reiterado en las sentencias C-941 de 2003, C-1032 de 2002, C-835 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999.

población con características similares, en este caso, los pensionados del régimen general frente a los pensionados docentes, **desarrollado por el principio de equidad con el cual se pondera la distribución de las cargas** o la imposición de gravámenes **entre los contribuyentes de similares características** para evitar que haya cargas excesivas, que afecte como en este caso directamente el goce de un derecho fundamental, el cual debe ser un medio razonablemente adecuado para alcanzar un objetivo constitucionalmente admisible.

Referente a este tema la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que no es procedente efectuar descuento alguno a las mesadas adicionales de junio y diciembre por las siguientes razones: ⁷

“..Es de anotar que la Sala se pronunció acerca de la supresión del pago adicional de junio en relación con los docentes oficiales, mediante el Concepto No. 1857 del 22 de noviembre de 2007, razón por la cual, en esta ocasión, se remite a lo allí expresado sobre el particular.

Ahora bien, en cuanto a las cotizaciones, la ley 100 de 1993 establece en el artículo 204 lo siguiente:

“Artículo 204.- Monto y distribución de las cotizaciones.- Inciso primero, modificado por el artículo 10 de la ley 1122 de 2007.- La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%). Inciso segundo.-

Inciso adicionado por el artículo 1° de la ley 1250 del 27 de noviembre de 2008.- La **cotización mensual** al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, (la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008)⁸.

Inciso segundo original de la ley 100/93.- Declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-577 de 4 de diciembre de 1995. (...)” (Resalta la Sala).

En el punto que interesa a la consulta, se observa que el inciso adicionado por la ley 1250 de 2008 dispone que la cotización **mensual** de los pensionados es del 12% **de la respectiva mesada pensional**, con lo cual se advierte que esta cotización se descuenta de las mesadas pensionales ordinarias, esto es, las que se pagan por las mensualidades del año, no por la mensualidad adicional de diciembre o el pago adicional de junio.

En otras palabras, la cotización del 12% del mes de **junio**, por ejemplo, se toma “de la respectiva mesada pensional”, como dice la norma, es decir, de la mesada de junio, de la mesada correspondiente a ese mes, **no del pago adicional de junio**, para el caso de los pensionados que dentro del régimen pensional analizado, tienen derecho a este pago.

Lo mismo sucede con la cotización de **diciembre**, ésta se descuenta sobre la mensualidad pensional **ordinaria de diciembre**, no sobre la mensualidad **adicional** que se paga en ese mes.

⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del Dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997). Radicación número: 1064 Posición reiterada en del 11 de marzo de 2010 con radicación No. 11-001-03-06-000-2010-00009-00 Consejero Ponente William Zambrano Cetina

⁸ La parte entre paréntesis fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-430 de 2009, con efectos desde el 27 de noviembre de 2008.

El artículo 27 del Código Civil⁹ establece como criterio de interpretación jurídica la literalidad de la norma cuando es clara, como sucede en el presente caso, ya que el inciso adicionado al artículo 204 de la ley 100 de 1993 por el artículo 1º de la ley 1250 de 2008, que es la norma aplicable a los docentes del segundo régimen pensional, conforme a lo explicado, establece claramente que la cotización mensual para salud de los pensionados se toma de la respectiva mesada pensional, esto es, **de la del respectivo mes, no de un concepto distinto, como sería una mensualidad o pago adicional.**

La disposición emplea las expresiones “mensual” para calificar a la cotización y “respectiva” para referirse a la mesada pensional, con lo cual está haciendo alusión evidentemente a la cotización que se paga ordinariamente en el mes, no se refiere en ningún momento, a cotizaciones derivadas del pago o la mensualidad adicionales que existen en los meses de **junio y diciembre**, según el caso, pues si así fuera lo hubiera dicho y no habría utilizado las mencionadas expresiones....”

Ahora bien, desde la ley 43 de 1984, norma que se ocupó de la clasificación de las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del poder público, el legislador tuvo a bien prohibir los descuentos sobre la mesada pensional adicional de diciembre, establecidos por el artículo 90 del decreto 1848 de 1969, es decir, el aporte para salud.

La **Ley 43 de 1984** dispuso:

“ARTICULO 5o. A los pensionados a que se refiere la presente ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional.

Las mensualidades que devengan los pensionados a que se refiere la presente ley tendrán las exenciones tributarias de ley.”

Mediante el Decreto 1073 de 24 de mayo de 2002, por el cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988, y se regulan aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media, se estableció la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas que se consideran adicionales, así:

“Artículo 1º. Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.”

Este artículo fue declarado nulo parcialmente por el H. Consejo de Estado, en la Sentencia de fecha 3 de febrero de 2005 **y se dispone solo respecto a la mesada adicional gobernada por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993** (la del mes de junio).¹⁰

A su vez, el artículo 16 del Decreto 732 de 1976 reglamentario de la Ley 4ª de 1976 señalaba que para la cobertura de las prestaciones en él establecidas, los funcionarios y empleados contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación y un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica ordinaria.

⁹ Código Civil.- “Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. (...)”.

¹⁰ ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará **con la mesada del mes de junio** de cada año, a partir de 1994.

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual”.

El artículo 7º de la Ley 42 de 1982 “*Por la cual se determinan los Grados de las Organizaciones Gremiales de los Pensionados y se dictan otras disposiciones*” prohibió todo descuento a la mensualidad adicional de diciembre creada por el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976, tanto a las organizaciones gremiales, como a las entidades encargadas del pago de pensiones¹¹. Dicha prohibición fue ratificada por la Ley 43 de 1984¹².

Nuestro órgano de cierre en los citados pronunciamientos ha estimado improcedentes los descuentos por concepto en salud en las mesadas adicionales, de junio y diciembre, previstas en los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, criterio que acoge este Despacho puesto que la voluntad del legislador fue regular “... **El valor total de la tasa de cotización** por los docentes afiliados al fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003...” **resaltando que el legislador no señala el valor parcial de la tasa de cotización para ser completada por otra disposición normativa** y entendiendo que la tasa de cotización es realizada en la pensión **de la del respectivo mes, no de un concepto distinto, como sería una mensualidad o pago adicional**, tal como lo interpretó la Sala de Consulta y Servicio Civil

Según la Real Academia Española de la lengua la palabra TOTAL viene del latín mediev totalis, y este derivado el latín totus ‘todo entero’ y significa el Resultado de una suma u otras operaciones; así las cosas consideramos que en el ejercicio de la autonomía legislativa se determinó que la contribución parafiscal estuviera regulada en su totalidad en los términos de las leyes 100 de 1993 y 797 de 1993, luego no es procedente señalar que en consonancia con el régimen docente es dable el descuento para la mesadas pensionales adicionales cuando dicha ley fue derogada por el legislador al regular de manera integral la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG.

Caso Concreto

La demandante elevó petición ante la secretaría de educación el 30 de octubre de 2018 solicitando el reintegro de todos los descuentos de las mesadas adicionales y, su no cobro por improcedencia legal folio 19 y 20 del expediente. Mediante Resolución No. 435 de 24 de enero de 2019 la entidad niega la anterior solicitud.

Consideramos que en el ejercicio de la autonomía legislativa se determinó que la contribución parafiscal estuviera regulada en su totalidad en los términos de las leyes 100 de 1993 y 797 de 1993, luego no es procedente señalar que en consonancia con el régimen docente es dable el descuento para la mesadas pensionales adicionales cuando dicha ley fue derogada por el legislador al regular de manera integral la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG, adicionalmente, siendo una prestación separable del sistema está prohibido en los términos del artículo 1 del decreto del decreto 1073 de 2002 realizar algún tipo de descuento.

En consecuencia, se ordenará a la Nación – Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, suspender los cuestionados descuentos en salud y restituir las sumas descontadas en las mesadas adicionales por concepto de salud, teniendo en cuenta la correspondiente prescripción que se describe a continuación.

Prescripción En lo concerniente a la prescripción trienal, establece el artículo 151 de Código de Procedimiento Laboral

“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

¹¹ARTÍCULO 7o. La mensualidad adicional de que trata el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976 no será objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones.

¹² “Artículo 5º.- A los pensionados a que se refiere la presente Ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional”.

*debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”
(Subrayas fuera del texto original).*

En aplicación a la anterior norma, se ha de indicar que en la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que al demandante le fue reconocido el derecho pensional a partir del **13 de julio de 2017** y presentó la petición el día **30 de octubre de 2018**, luego no operó para ella el fenómeno prescriptivo, por lo tanto, se ordenará **reintegro** de los dineros descontados por concepto de salud de la mesadas adicionales, a partir de su reconocimiento.

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero

Respecto de los valores que resulten a favor de la parte, debe aplicarse la fórmula siguiente, que ha sido debidamente sustentada por el Honorable Consejo de Estado, basándose en el artículo 178 del C.C.A., hoy inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., y que tiene por objeto traer a valor presente la suma que dejó de recibir el censor, protegiéndose así a la persona de los altos índices de desvalorización monetaria:

$$R= RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de los descuentos mencionados desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago¹³.

La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en el artículo 197 del C.P.A.C.A. Se dará cumplimiento a esta sentencia igualmente, de conformidad a lo establecido en el inciso 1º del citado artículo.

Costas. La Ley 1437 de 2011 en el artículo 188, estableció que *“Salvo en los procesos 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”*.

En este caso, no se condenará en costas al demandante teniendo en cuenta que no se ha probado en esta instancia las agencias en derecho además de no evidenciar una actuación temeraria con ocasión al cambio jurisprudencial del H. Consejo de Estado

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. - DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No.435 de 24 de enero de 2019 de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO. - Como consecuencia de la anterior declaración, **ORDENAR a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG la suspensión** de los descuentos de salud sobre la mesada adicional de diciembre de la demandante MARTHA CECILIA ROJAS AYALA y, **el reintegro de tales aportes** a partir del 13 de julio de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva.

¹³Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de julio de 2006, radicado interno No. 5116-05.

Respecto de los valores que resulten a favor de la parte, se actualizarán según la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia y, a partir de allí se pagarán los intereses establecidos en el artículo 192 del C.P.A.C.A. a no ser que se dé el supuesto señalado en el inciso 4 de dicha normatividad.

TERCERO. - El cumplimiento de la sentencia es de conformidad con los artículos 192 y ss Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *El acto* será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

CUARTO.- SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda

SEXTO: En firme esta sentencia, por la Secretaría **COMUNICAR** su contenido a la entidad condenada para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011) así mismo, se autoriza desde ahora la expedición de copia del fallo en los términos del numeral artículo 114 del C.G.P. si alguna de las partes lo solicita, finalmente se ordena el **ARCHIVO** de las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación: 9346456d89aaf3e2a36f315db42a841b0b02b62b7d7713eebd6f80399d605fc3
Documento generado en 14/09/2020 05:01:29 p.m.