

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-2019-00305-00
Demandante: TERESA DE JESÚS PÉREZ PÉREZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Asunto: SENTENCIA

La señora TERESA DE JESÚS PÉREZ PÉREZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.708.497 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

- Pretende que se declare configurado el acto ficto o presunto negativo en razón a que la entidad demandada FONPREMAG, en el oficio No. S-2019-51480 del 13 de marzo de 2019, no hizo pronunciamiento de fondo frente a la petición del 6 de marzo de 2019, por medio de la cual la demandante deprecó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la Ley 1071 de 2006 y trasladó la solicitud a la FIDUPREVISORA S.A.

- Declarar la nulidad del acto ficto o presunto negativo, generado como consecuencia del silencio administrativo del Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio, respecto al reconocimiento y pago de la sanción por mora.

- Declarar configurado el acto ficto o presunto negativo, en razón a que la FIDUPREVISORA S. A., no emitió pronunciamiento de fondo a la petición del 20 de noviembre de 2018, por medio de la cual se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la Ley 1071 de 2006.

- Declarar la nulidad del acto ficto o presunto negativo generado por el silencio administrativo de la FIDUPREVISORA S.A., respecto al reconocimiento y pago de la sanción por mora.

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

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

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

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

1.2. HECHOS

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

1.2.1. Que labora como docente del magisterio Oficial del Bogotá, desde el 8 de febrero de 1993, con reporte de cesantías al 30 de enero de 2016.

1.2.2. Que mediante escrito del 30 de junio de 2017, bajo radicado No. 2017-CES-456361, solicitó a FONPREMAG el reconocimiento y pago de la cesantía parcial a la que tenía derecho.

1.2.3. Que la Secretaría de Educación de Bogotá a través de la Resolución No. 9179 del 28 de noviembre de 2017, reconoció y ordenó el pago de la cesantía parcial a favor de la demandante.

1.2.4. Que desde el momento en que la actora radicó la petición de reconocimiento y pago de la cesantía parcial y hasta la fecha en que se emitió la resolución, transcurrieron un total de 206 días, configurándose una mora en la expedición del acto administrativo de 181 días.

1.2.5. Que la FIDUPREVISORA realizó el pago el 26 de enero de 2018, tal como consta en la certificación No. 1010403 del 22 de marzo de 2019, remitida a la demandante con el Oficio No. 20191170561421 de la misma fecha.

1.2.6. Que desde que la demandante radicó la petición de reconocimiento y pago de la cesantía parcial y hasta la fecha que se hizo el pago de la misma, transcurrieron un total de 206 días, configurándose una mora en el pago de la cesantía de 105 días.

1.2.7. Que mediante petición del 6 de marzo de 2019, radicada bajo No. E-2019-44672, se solicitó a FONPREMAG el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006.

1.2.8. Que a través del Oficio No. S-2019-51480 del 13 de marzo de 2019, dicha entidad indicó que no es competente para resolver la petición, respecto al reconocimiento y pago de la sanción por mora y, en consecuencia, remitió la solicitud a la FIDUPREVISORA.

1.2.9. Que la actora mediante petición del 20 de noviembre de 2018, le solicitó a la FIDUPREVISORA S.A., el reconocimiento y pago de la

sanción por mora, de conformidad con el párrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006 y el artículo 21 de la Ley 1429 de 2010.

1.2.10. Que a través de oficio No. 20181091978801 del 29 noviembre de 2018, la FIDUREVISORA le indicó que la petición toma el carácter de trámite y que el área correspondiente revisaría la procedencia o no de la solicitud.

1.2.11. Que a la fecha la entidad demandada no ha notificado respuesta de fondo sobre el derecho de petición del 20 de noviembre de 2018, razón por la cual se configuró el acto ficto presunto negativo respecto a dicha solicitud.

1.2.12. Que la actora presentó conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación, la cual se llevó acabo el día 4 de julio de 2019, ante la Procuraduría 3° delegada ante los Juzgados Administrativos, declarándose fallida.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

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

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

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

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

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del 18 de noviembre de 2019, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso la excepción de **improcedencia de la indexación de la sanción moratoria**, señalando que de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, la indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, aquellas que deben satisfacer mediante el pago de una cantidad determinada entre las que se cuentan, las de índole laboral, en la medida que el fenómeno inflacionario produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda; sin embargo, en cuanto refiere a la sanción moratoria generada por el pago tardío de las cesantías, dicha indexación no es procedente.

Por otra parte, formuló la excepción de “**FALTA DE INTEGRACIÓN DE LITISCONSORTE NECESARIO**”, la cual se declaró no probada a través de providencia del 10 de septiembre de 2020.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día 14 de diciembre de 2020, reiteró los argumentos expuestos en el libelo demandatorio y a su vez señaló que las entidades demandadas al demorar en forma injustificada el pago de la cesantía reconocida, violaron lo establecido en la Ley 1071 de 2006 y, en consecuencia, se deben condenar a reconocer y pagar a favor de la demandante los días de mora, esto es, desde el 13 de octubre de 2017 (al día siguiente al finalizar el plazo de los 70 días hábiles, que tenían las accionadas desde la radicación de la solicitud inicial, para expedir el acto administrativo y cancelar las respectivas cesantías), hasta el día 25 de enero de 2018 (día anterior a la fecha de pago), para un total de 105 días que multiplicado por \$113.253 pesos m/cte., correspondiente al promedio del día de salario, arroja un total de \$ 11.891.527 pesos m/cte.

4.2. Partes demandadas

La apoderada del Ministerio de Educación Nacional presentó memorial de alegatos de conclusión, en forma extemporánea, circunstancia que impide tenerlo en cuenta.

Lo anterior, por cuanto el auto que corrió traslado para dicho efecto, fue notificado el **27 de noviembre de 2020**, razón por la cual, la parte demandada tenía hasta el **14 de diciembre del mismo año** para alegar de conclusión, actuación que se surtió hasta el **15 de diciembre de 2020**, esto es, de forma extemporánea.

Por su parte, no obra escrito de alegatos de conclusión de la Fiduciaria La previsor .S.A

4.3. Ministerio Público

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

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

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

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.2.1. Resolución No. 9179 del 28 de noviembre de 2017, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 30 de junio de 2017 y acta de notificación personal.

5.2.2. Derecho de petición radicado bajo el No. 20180323444612 del 20 de noviembre de 2018, dirigido a la Fiduciaria la Previsora S.A., por medio del cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora.

5.2.3. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2019-44672 del 6 de marzo de 2019, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual la actora deprecó el reconocimiento y pago de la sanción por mora.

5.2.4. Oficio No. 20181091978801 del 29 de noviembre de 2018, mediante el cual la Fiduprevisora, informó a la demandante que adelantaría la revisión y posterior liquidación en caso de ser procedente su solicitud.

5.2.5. Oficio No. S-2019-51480 del 13 de marzo de 2019, a través del cual la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le comunicó a la demandante que los intereses por mora en el pago de la cesantía no son una prestación que se deba ser reconocida por acto administrativo y remite la solicitud a la Fiduprevisora.

5.2.6. Certificación expedida por la Fiduprevisora S.A, donde hace constar que el pago de las cesantías parciales quedó a disposición de la demandante el 26 de enero de 2018.

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

5.2.8. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la demandante.

5.2.9. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 4 de julio de 2019, en la Procuraduría 3° Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a las peticiones formuladas por la demandante los días 20 de noviembre de 2018 y 6 de marzo de 2019, ii) si tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamadas.

5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado de la parte actora deprecia la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a las peticiones formuladas por la demandante los días 20 de noviembre de 2018 y 6 de marzo de 2019, mediante las cuales pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles, después de haber radicado la solicitud de cesantías ante las entidades y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que las entidades demandadas hayan resuelto las peticiones elevadas los días 20 de noviembre de 2018 y 6 de marzo de 2019, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

(...)”.

Lo anterior, obedece a que mediante el oficio No. S-2019-51480 del 13 de marzo de 2019, la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio informó que trasladaba a la Fiduciaria la Previsora S.A. la petición radicada por la demandante el 6 del mismo mes y año, por ser la encargada de reconocer y pagar los intereses moratorios, con el fin de que resolviera de fondo la petición, siendo que no se acredita que esta última la haya resuelto, así como tampoco la que fue radicada directamente en dicha entidad el 20 de noviembre de 2018.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.5. CASO CONCRETO.

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

5.5.1. Categoría de servidor público de la actora.

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

*servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.”*

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

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora TERESA DE JESÚS PÉREZ PÉREZ, ostenta la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación Distrital – Recursos Propios, IED O.E.A., calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.5.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

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

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 9179 del 28 de noviembre de 2017, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **30 de junio de 2017**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **25 de julio de la misma anualidad**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **28 de noviembre de 2017**, es decir, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **4 de julio de 2017**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **12 de octubre de 2017**, suma que quedó a disposición de la actora desde el **26 de enero de 2018**, como consta en el oficio expedido por la FIDUPREVISORA S.A., incurriéndose en mora desde el **12 de octubre de 2017 hasta el 25 de enero de 2018**.

5.5.3. Salario base de liquidación.

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

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

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

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

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de la entidad empleadora comprende dos anualidades (**12 de octubre de 2017 al 25 de enero de 2018**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de octubre a diciembre de 2017 y enero de 2018.

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)”.

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

“(...)”

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

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

(...)”.

Así las cosas y dado que esta Juzgadora era del criterio que en ningún caso había lugar a la indexación moratoria, varía dicha posición y acoge

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

el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual desde el momento que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia procede la indexación del artículo 187 del C.P.A.C.A.

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **27 de enero de 2018** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad de los actos administrativos fictos o presuntos derivados de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de la Fiduciaria la Previsora S.A., a las peticiones radicadas por la señora Teresa de Jesús Pérez Pérez los días 20 de noviembre de 2018 y 6 de marzo de 2019, al encontrarse incurso en causal de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **12 de octubre de 2017 y el 25 de enero de 2018**.

El valor del salario es el vigente para los meses de octubre a diciembre de 2017 y enero de 2018, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y años.

5.6. PRESCRIPCIÓN

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

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

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

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía parcial, se hizo exigible a partir del **12 de octubre de 2017** y la señora Teresa de Jesús Pérez Pérez formuló la primera reclamación administrativa el **20 de noviembre de 2018**, ante la Fiduciaria la Previsora S. A. y el **6 de marzo de 2019**, ante el Ministerio de Educación Nacional, en tanto la demanda se presentó el **17 de julio de 2019**, de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.7. COSTAS

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

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

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

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

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la existencia de los actos fictos presuntos surgidos de los silencios administrativos negativos derivados de la falta de respuesta respecto de las peticiones elevadas los días **20 de noviembre de 2018 y 6 de marzo de 2019**, ante la Fiduciaria la Previsora S.A. y el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con números de radicaciones 2018323444612 y E-2019-44672 *-respectivamente*.

SEGUNDO: Declarar la nulidad de los actos fictos presuntos negativos derivados de la falta de respuesta de la Fiduciaria la Previsora S.A. y del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a las peticiones radicadas bajo los Nos. **2018323444612 del 20 de noviembre de 2018 y E-2019-44672 del 6 de marzo de 2019**, a través de las cuales la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías parciales.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., reconocer a la señora **TERESA DE JESÚS PÉREZ PÉREZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.708.497 de Bogotá, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **12 de octubre de 2017 y el 25 de enero de 2018**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para los meses de octubre a diciembre de 2017 y enero de 2018, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y años.

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es,

desde el **27 de enero de 2018 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin costas a cargo del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

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

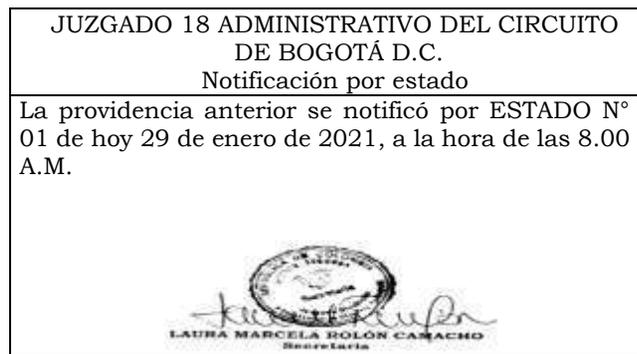
SÉPTIMO: Por Secretaría dese cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: Las entidades demandadas deberán dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 ibídem.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ**



Firmado Por:

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ

JUEZ

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

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

Código de verificación:

72a1da5af89f72910f159c0b3d66ba2a2cb16cfa1c714a46a0b758acb9a042b

5

Documento generado en 17/01/2021 09:26:23 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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



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

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 110013335-018-2019-00306-00
Demandante: MARIA HELENA CORTÉS DE ANGULO
Demandado: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Asunto: SENTENCIA

La señora **MARIA HELENA CORTÉS DE ANGULO**, identificada con cédula de ciudadanía número 41.310.673 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

Pretende que se declare la nulidad del Oficio No. 20191071511961 del 4 de julio de 2019, por medio del cual la entidad demandada negó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendiera dichos descuentos.

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

- Reintegrar todos los descuentos de 12% realizados en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre descontados desde la adquisición del status jurídico de pensionada y suspender el referido descuento.

- Pagar a la actora la totalidad de los descuentos del 12% realizados en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, desde el ingreso a nómina de pensionados hasta la fecha.
- Sobre las diferencias adeudadas a la demandante y solicitadas en la presente demanda, se le paguen las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor con forme al IPC o al por mayor como lo preceptúa el artículo 192 del C.P.A.C.A.
- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- Condenar a la parte demandada a que si no da cumplimiento a la sentencia dentro del término previsto en el artículo 192 de C.P.A.C.A., realice el pago con el interés moratorio conforme a lo dispuesto en los artículos 192 y 195 ibídem.
- Condenar a la parte demandada en costas y gastos del proceso en los términos del Art. 188 de la Ley 1437 de 2011.

1.2. HECHOS

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

1.2.1. Que prestó sus servicios como docente y a través de la Resolución No. 2133 del 11 de mayo de 1995, se le reconoció pensión de jubilación.

1.2.2. Que la entidad demandada obrando en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y del Ministerio de Educación Nacional, asumió el pago de mesadas y descuentos de ley tales como el de salud, correspondiente al 12% sobre las mesadas pensionales, sin embargo, desde el nacimiento del derecho e inclusión en nómina de la actora, ésta entidad ha venido descontando injusta e ilegalmente el 12% para salud sobre las mesadas de junio y diciembre, las cuales son denominadas mesadas adicionales.

1.2.3. Que la entidad demandada efectúa la deducción en los pagos agregados de junio y diciembre correspondientes a las mesadas generales y mesadas adicionales descontando el 24% sobre estas, sobrepasando la norma que impone un 12% de descuento generando 14 descuentos en salud por 12 meses de servicios requeridos al año.

1.2.4. Que mediante derecho de petición del 11 de junio de 2019, se solicitó a la Fiduprevisora el reintegro y suspensión de los descuentos en salud efectuados sobre las mesadas adicionales.

1.2.5. Que a través de petición del 6 de septiembre de 2018, solicitó información de la solicitud del 17 de mayo del mismo año.

1.2.6. Que a través del Oficio No. 20191071511961 del 4 de julio de 2019, dicha la entidad demandada negó la anterior solicitud.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la demandante estima desconocidos los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48 inciso final, 49, 53 inciso 3 y 58 de la Constitución Política, artículo 10 del Código Civil, Ley 4 de 1966 y su Decreto Reglamentario 1743 de 1966, Ley 6 de 1945, Ley 91 de 1989, artículo 81 Ley 812 de 2003, Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969, con violación directa del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil radicado No. 1064 del 16 de diciembre de 1997, Magistrado Ponente doctor Augusto Trejos Jaramillo y estructuró el concepto de violación de la siguiente manera:

Indica que la Fiduciaria la Previsora S.A., en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y representada por el Ministerio de Educación Nacional, abusó de su competencia discrecional al descontar el 12% dirigido a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, toda vez que la actividad pública debe acatar rigurosamente la Constitución Política y la Ley de donde resulta

la responsabilidad de las autoridades cuando hay desconocimiento o pretermisión de tales exigencias.

Señala que el artículo 4 de la Constitución Nacional, prescribe que ante la incompatibilidad entre una disposición Constitucional y una Legal, se preferirá la Constitucional.

Manifiesta que dado lo anterior, se demuestra la violación encadenada de normas Constitucionales, entre otras, del artículo 13 ibídem, dotando al Estado de la obligación de proteger a los habitantes de tercera edad (pensionados) y el artículo 29 Superior, por cuanto no se aplicó un debido proceso a la actora, realizada por la entidad demandada en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y representada por el Ministerio de Educación Nacional.

Igualmente, agregó que el artículo 49 de la Constitución Política, se ve afectado en la medida de la falta de control de parte de las autoridades gubernamentales frente a los descuentos de salud no permitidos, además de las faltas a los principios de eficacia plasmados y ordenados por la Carta Magna.

Para respaldar sus afirmaciones alude a algunas providencias en las que esta jurisdicción ha accedido al reintegro y suspensión de los descuentos por salud efectuados en sus mesadas adicionales de junio y diciembre del personal docente.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del 18 de noviembre de 2019, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso la excepción de **inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica**, indicando que los descuentos para los aportes al régimen contributivo de salud, tienen su respaldo jurídico en el numeral 5° del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se crea el

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, donde se consagró el deber del fondo de deducir el 5% de las mesadas, incluidas las adicionales.

Precisó que el artículo 81 de la ley 812 de 2003, estableció que la tasa de cotización para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la señalada en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, normas que establecen que el aporte del pensionado es del 12% sobre el valor de la mesada, aspecto sobre el cual la Corte Constitucional se pronunció mediante la sentencia C-369, declarándola exequible.

Reiteró que a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio les fue incrementado el monto de cotización al sistema de salud sobre la mesada pensional del inicialmente contemplado en la Ley 91 de 1989, en un 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y posteriormente con las modificaciones introducidas por la Ley 1122 de 2007, en 12.5%, y finalmente, en virtud de la Ley 1250 de 2008, en el 12%, por lo cual, en lo que referente al porcentaje de cotización, los pensionados afiliados al FOMAG, se rigen por lo establecido en la Ley 100 de 1993, sin embargo, esto no quiere decir que se altere su régimen prestacional, ya que por pertenecer a un régimen especial, se encuentran exceptuados del general.

Sostuvo que la Ley 91 de 1989, es una disposición especial que rige a todos los docentes afiliados al FOMAG y que hace parte de un ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo cual es viable realizar los descuentos sobre las mesadas adicionales.

Por último, señaló que las disposiciones del sistema general sobre las mesadas adicionales no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas; no obstante, la Ley 91 de 1989, si lo permite de manera expresa en el numeral 5 del artículo 8, por lo cual no es viable acceder a las pretensiones propuestas por la demandante, toda vez que carecen de fundamento normativo.

Por otra parte, formuló la excepción de “**FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA DE LA FIDUPREVISORA S.A**”, la cual se declaró no probada a través de providencia del 2 de octubre de 2020.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante.

El apoderado de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día 1° de diciembre de 2020, reiteró los argumentos expuestos en el libelo demandatorio y a su vez señaló que se debe declarar la nulidad por violación de la ley del Oficio del 4 de julio de 2019, bajo radicado No. 20191071511961 y se ordene a la entidad demandada el reintegro de todos los descuentos del 12% realizados en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como abstenerse de practicar dichos descuentos en lo sucesivo.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la FIDUPREVISORA S.A. presentó memorial de alegatos de conclusión, en forma extemporánea, circunstancia que impide tenerlo en cuenta.

Lo anterior, por cuanto el auto que corrió traslado para dicho efecto, fue notificado el **27 de noviembre de 2020**, razón por la cual, la parte demandada tenía hasta el **14 de diciembre del mismo año** para alegar de conclusión, actuación que se surtió hasta el **15 de diciembre de 2020**, esto es, de forma extemporánea.

4.3. Ministerio Público

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

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

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

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

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

5.2.1. Resolución No. 2133 del 11 de mayo de 1995, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante, a partir del 25 de mayo de 1994.

5.2.2. Petición elevada por la demandante ante la Fiduciaria la Previsora S.A. el 11 de junio de 2019, bajo radicado 20190321907752 a través de la cual solicitó el reintegro y suspensión de los descuentos por salud efectuados en sus mesadas adicionales de junio y diciembre.

5.2.3. Oficio No. 20191071511961 del 4 de julio de 2019, proferido por la Fiduciaria la Previsora S.A., mediante el cual negó el reintegro y suspensión de los descuentos por salud efectuados en las mesadas adicionales de junio y diciembre a la actora.

5.2.4. Extracto contentivo de los pagos de pensión y descuentos en salud realizados a la actora, por el periodo comprendido entre el 11 de mayo de 1995 y el 30 de abril de 2019, en el cual consta que efectivamente se le han

realizado el descuento para salud en las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre.

5.2.5. Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si las mesadas pensionales reconocidas a favor de la actora en calidad de pensionada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **en los meses de junio y diciembre**, son susceptibles de descuento de aporte al régimen contributivo de seguridad social en salud; si procede o no su devolución y si se debe ordenar la suspensión de tales descuentos a partir de la ejecutoria de la sentencia.

5.3.1 DESCUENTOS EN SALUD SOBRE LAS MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE. MARCO NORMATIVO Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

Los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales fueron contemplados tanto en el régimen general de pensiones, inicialmente en un 5% de la mesada pensional (ley 4^a. de 1966, artículo 37 del decreto 3135 de 1968 y artículo 90 del Decreto 1848 de 1969), como en el régimen especial de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (numeral 5° del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, “*por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, con una diferencia entre ellos, pues en el primero, no se alude a las mesadas adicionales, en tanto que en el segundo se señala expresamente que en dicha cotización quedan incluidas las mesadas adicionales.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, el monto de cotización en salud, quedó consagrado en el artículo 204 *ibídem*, en un **máximo del 12 % del salario base de cotización**”.

Respecto a la cotización al régimen prestacional en salud de los docentes oficiales, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 “*Por la cual se aprueba el Plan*

Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario” dispuso que **“El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003”**, de donde se colige que la tasa de cotización en salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no es otra que la prevista en el artículo 204 de la ley 100 de 1993, esto es, el 12%, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, tal como lo reconoció la Corte Constitucional en sentencia C-369 de 2004¹, en los siguientes términos:

“(…)

En esas circunstancias, como conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización para salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de los pensionados, entonces es razonable entender, como lo hacen la actora y todos los intervinientes, que la norma acusada está estableciendo que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberán, de ahora en adelante, cancelar la totalidad de la cotización en salud prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que es del 12% de su mesada, mientras que, conforme a las regulaciones específicas de los pensionados de dicho fondo, vigentes anteriormente, dichos pensionados cancelaban una cotización menor. En efecto, según el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, estos pensionados debían cancelar 5% de su mesada pensional como contribución a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

5.3.2.MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE

La mesada adicional del mes de diciembre fue consagrada por primera vez en el artículo 5° de la Ley 4 de 1976 *“por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”*, así: *“Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho **recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.....”***.

¹ Sentencia del 27 de abril de 2004, exp: D-4859, Actor: Jairo Antonio Salgado Gil, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

En relación con los descuentos sobre dicha mesada, el artículo 7 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*” señaló que “*la mensualidad adicional de que trata el artículo 5° 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*”

A su turno, la Ley 43 de 1984 “*Por la cual se clasifican las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del Poder Público y se dictan otras disposiciones*”, en su artículo 5° dispuso que “*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*”

Posteriormente, el artículo 50 de la ley 100 de 1993, reiteró el derecho de los pensionados *por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia a continuar **recibiendo** cada año, junto con la mesada del mes de noviembre, en la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión*”.

Por su parte, la mesada adicional del mes de junio, se encuentra establecida tanto en el régimen general de pensiones (artículo 142 de la Ley 100 de 1993), como en el régimen especial de los docentes oficiales (artículo 15°, numeral 2° literal b), de la Ley 91 de 1989).

Ahora bien, el Decreto 1073 de 2002, por medio del cual se reglamentan las leyes 71 y 79 de 1988 y se regulan algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales, previó en el parágrafo del artículo 1°, 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 acuerdo con la normativa señalada, es claro que dentro del régimen general de pensiones, las mesadas de junio y diciembre no pueden ser tomadas como base para descontar el 12% de aporte en salud, por expresa prohibición prevista en los artículos 7 de la Ley 42 de 1982, 5 de la Ley 43 de 1984 y parágrafo del artículo 1° del Decreto 1073 de 2002.

En ese sentido, si el régimen de cotización en salud para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quedó cobijado por el régimen general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y si para dicho régimen general aplica la prohibición de realizar descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, dicha prohibición igualmente aplica a los pensionados vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bien por considerarse que ha operado la derogatoria tácita del artículo 8° numeral 5 de la ley 91 de 1989, como lo ha sostenido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, entre otras, en providencia del 31 de enero de 2013 (expediente 2011-00381-01 M.P. Carmelo Perdomo Cueter) o bien, en aplicación del principio constitucional de igualdad consagrado en el artículo 13 de nuestra Carta política.

En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que si en un régimen especial se da un trato inequitativo y menos favorable a un grupo de pensionados al previsto en el régimen general y este trato no resulta razonable, se configura un trato discriminatorio, en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta. Así, en sentencia de tutela del 30 de julio de 2009, refiriéndose a los destinatarios de las normas sobre límites máximos a descuentos de mesadas pensionales para créditos de cooperativas, señaló²:

“(…)

En efecto, la Corte ha admitido la existencia de diferentes regímenes pensionales, legales y convencionales, a través de los cuales es posible acceder al derecho a la pensión. No obstante lo anterior, para esta Corporación es claro, que la Constitución Política no establece, por ninguna causa, ningún trato diferenciado

² Sentencia T-512 del 30 de julio de 2009, Exp:T-2270666, actor: Luis Felipe Becerra Becerra, M.P. Dr Luis Ernesto Vargas Silva.

al interior del universo conformado por los pensionados en razón a las garantías mínimas que a ellos les asisten.

*Por lo anterior, si bien en principio, los Decretos **1073 de 2002** y 994 de 2003 fueron expedidos en el contexto del Régimen General de Pensiones, en el sistema de prima media con prestación definida, al constituir los límites a descuentos a mesadas pensionales una medida tendiente a garantizar el mínimo vital de los pensionados, debe entender que esas normas de protección tienen un carácter general, y son aplicables a todos los pensionados, independientemente del régimen o la forma en la que hayan accedido a su derecho, en tanto todos ellos comparten esa calidad y son titulares, en igualdad de condiciones del derecho fundamental al mínimo vital, sin distinción alguna. (...)*

*En otras palabras, quienes son beneficiarios de los regímenes especiales generalmente gozan de unos beneficios mayores a los establecidos para el régimen general, **pero no por ello resultan excluidos de las garantías mínimas previstas para toda la comunidad de pensionados**, máxime cuando estas últimas se presentan ante el mundo jurídico como normas de orden público que revisten un obligatorio cumplimiento. Es que, **si al establecer un régimen especial se da un trato inequitativo y menos favorable a un grupo de pensionados, al previsto en el régimen general y este trato no resulta razonable, se configura un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta.***

(...)”

Siguiendo la línea jurisprudencial señalada, la cual resulta aplicable *mutatis mutandi* al caso que nos ocupa, es claro que las normas del régimen general de pensiones relativas a la prohibición del descuento en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, entre ellas, el parágrafo 1 del Decreto 1073 de 2002, deben ser aplicadas a todos quienes conforman el universo de pensionados, entre los cuales están los pensionados vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para dar cumplimiento al derecho fundamental de igualdad, pues dicho descuento no resulta razonable ni equitativo para dicha categoría de pensionados.

5.4. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le

reconoció la pensión de jubilación a la señora Maria Helena Cortés de Angulo, según consta en la Resolución No. 2133 del 11 de mayo de 1995.

Obra así mismo, la petición elevada por la actora ante la Fiduprevisora S.A. el 11 de junio de 2019, por medio de la cual solicitó a dicha entidad que se suspendieran y reintegraran los descuentos en salud efectuados en las mesadas adicionales de cada año.

Igualmente, se acompañaron al proceso los comprobantes de pago de pensión y descuentos en salud realizados a la demandante en los meses de junio y diciembre desde el 11 de mayo de 1995 hasta el 30 de abril de 2019, donde consta que efectivamente se le han efectuado los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de los meses en mención.

Así las cosas, el Despacho ordenará a la entidad demandada que previa revisión particular y concreta de los pagos de las mesadas adicionales reconocidas a la actora, realice el reintegro de las sumas descontadas por concepto de salud de las mesadas adicionales **de junio y diciembre** y que se suspendan dichos descuentos en las mesadas adicionales de dichos meses que se causen con posterioridad a la expedición de la presente providencia.

Ahora bien, es de precisar que la orden de reintegro de las sumas de dinero que impartirá el Despacho se hará sobre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los cuales son administrados por la sociedad Fiduciaria la Previsora S.A., en virtud del contrato de fiducia celebrado con aquella entidad.

5.3. PRESCRIPCIÓN.

En este acápite se estudiará de oficio el fenómeno de la prescripción de los descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción de los derechos en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

Así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*:

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

A su turno, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”* señala:

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

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

Ahora bien, tratándose el asunto que nos ocupa de un descuento realizado a una prestación periódica como lo es la pensión de jubilación, la tendencia jurisprudencial³ ha sido la de considerar que lo que prescribe son las mesadas que no se hayan reclamado dentro de los tres años anteriores al momento del pago efectivo de las mismas, para el caso, los descuentos de las mesadas que no se reclamaron al momento de su pago.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 6 de julio de 2000, C.P. Dr Nicolás Pájaro Peñaranda, Rad: 1400.

En cuanto a la interrupción de la prescripción, los artículos citados son claros en señalar que la simple reclamación del derecho interrumpe la prescripción, **pero sólo por un lapso igual.**

De los hechos demostrados en el proceso, se establece que a la actora le fue reconocida la pensión el 11 de mayo de 1995 y presentó la reclamación administrativa mediante escrito radicado el 11 de junio de 2019, ante la Fiduciaria la Previsora S.A., lo que significa que los descuentos en salud en las mesadas adicionales de **junio y diciembre** realizados con antelación al **11 de junio de 2016**, se encuentran prescritos y así habrá de declararse.

5.4. COSTAS.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la **NULIDAD** del Oficio **No. 20191071511961 del 4 de julio de 2019**, por medio del cual la Fiduciaria la previsora S.A. negó a la actora el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales **de junio y diciembre.**

SEGUNDO: Declarar probada de oficio la excepción de prescripción de los descuentos en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre

realizados con anterioridad al **11 de junio de 2016**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a:

i) **REALIZAR** la devolución de los descuentos en salud efectuados a la señora **MARÍA HELENA CORTÉS DE ANGULO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.310.673 de Bogotá, en las mesadas adicionales de **junio y diciembre**, a partir del **11 de junio de 2016** y, en adelante, devolución que provendrá de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que administra la Fiduciaria la Previsora S.A.

ii) **ABSTENERSE** de descontar a la demandante, la cotización en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre que se causen con posterioridad a la fecha de la ejecutoria de la presente sentencia.

iii) **ACTUALIZAR** tales sumas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R= R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es la suma adeudada a la demandante, 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 debió efectuarse el pago de cada descuento y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada descuento realizado, teniendo en cuenta que el índice final es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

CUARTO: Sin costas a cargo de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

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

SEXTO: Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 *ibidem*.

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

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

Notifíquese y cúmplase

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 01 de hoy 29 de enero de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

Firmado Por:

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ

JUEZ

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

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

Código de verificación:

**b1436a6d41531e6bb44dc945509ab8737b9f4f6b76ca775c169bbe89c0
dbed22**

Documento generado en 17/01/2021 09:30:38 PM

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



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

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

ACCIÓN DE LESIVIDAD

Proceso: 11001-33-35-018-**2018**-00175-00
Demandante: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**
Actos demandados: Resoluciones Nos. GNR 286361 del 14 de agosto de 2014 y SUB 43250 del 20 de febrero de 2018, por medio de las cuales se reconoció y dejó en suspenso el pago de la pensión de vejez al señor PEDRO WILSON CARRILLO FLÓREZ, se incluyó en nómina la misma y se reconoció el retroactivo pensional – *respectivamente*.
Asunto: SENTENCIA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda de lesividad en contra de las Resoluciones Nos. **GNR 286361 del 14 de agosto de 2014 y SUB 43250 del 20 de febrero de 2018**, por medio de las cuales se reconoció y dejó en suspenso el pago de la pensión de vejez al señor PEDRO WILSON CARRILLO FLÓREZ, se incluyó en nómina la misma y se reconoció el retroactivo pensional – *respectivamente*, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

1.1.1. Pretende la entidad demandante que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. GNR 286361 del 14 de agosto de 2014 y SUB 43250 del 20 de febrero de 2018, por medio de las cuales se reconoció y dejó en suspenso el pago de la pensión de vejez al señor PEDRO WILSON CARRILLO

FLÓREZ, se incluyó en nómina la misma y se reconoció el retroactivo pensional – *respectivamente*.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicita que:

1.1.2. Se ordene al señor Pedro Wilson Carrillo Flórez, la devolución de la diferencia generada entre lo que se reconoció erróneamente sin tener en cuenta que debía tomarse el factor salarial de bonificación por servicios en una doceava parte y lo que realmente le corresponde en derecho por concepto del reconocimiento de la pensión de vejez, a partir de la fecha de inclusión en nómina de pensionados contenida en la Resolución SUB 43250 del 20 de febrero de 2018, hasta que se ordene la suspensión provisional o se profiera la sentencia.

1.1.3. Que las sumas reconocidas a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, sean indexadas o reconocer los intereses a que haya lugar, según el caso, con la finalidad de no causar un detrimento patrimonial, teniendo en cuenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

1.2 HECHOS

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

1.2.1 Que el señor Pedro Wilson Carrillo Flórez nació el 10 de mayo de 1957 y el 19 de febrero de 2014, le solicitó a la entidad demandante el reconocimiento y pago de una pensión mensual de vejez.

1.2.2 Que mediante la Resolución No. GNR 286361 del 14 agosto de 2014, Colpensiones le reconoció la pensión de vejez al señor Pedro Wilson Carrillo Flórez, en cuantía de \$3.670.500,00 m/cte., dejando en suspenso el ingreso a nómina hasta tanto acreditara el retiro del servicio oficial, tomando en cuenta 1.921 semanas y un IBL de \$4.894.000,00 m/cte., al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75%, de conformidad con el Decreto 546 de 1971.

1.2.3 Que el acto administrativo señalado anteriormente se notificó el 4 de septiembre de 2014 y el 14 de octubre de dicho año, el señor Pedro Wilson Carrillo Flórez interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, solicitando la aplicación de lo estipulado en el Decreto 758 de 1990 y/o las demás normas que lo favorezcan.

1.2.4 Que a través de la Resolución No. GNR 64265 del 5 de marzo de 2015, la entidad demandante negó la reliquidación de la pensión de vejez solicitada, toda vez que no se generaron valores a favor del pensionado.

1.2.5 El 28 de noviembre de 2017, el señor Pedro Wilson Carrillo Flórez, solicitó el ingreso en nómina de la prestación.

1.2.6 Que por medio de la Resolución No. SUB 276513 del 29 de noviembre de 2017, Colpensiones le solicitó al señor Pedro Wilson Carrillo Flórez allegar autorización para revocar la Resolución No. GNR 286361 del 14 de agosto de 2014, toda vez que se encuentra incurso en la causal establecida en el numeral 1° del artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y ordenó el ingreso a nómina de la pensión de vejez, a partir del 1 de diciembre de 2017.

1.2.7 Que a través de Auto de Pruebas AASUB-10 del 5 de enero de 2018, la Administradora Colombiana de Pensiones ordenó el archivo de la solicitud radicada bajo el No. 2017_9526567, ya que dicha petición se resolvió con la Resolución SUB 276513 del 29 de noviembre de 2017.

1.2.8 Que el 28 de diciembre de 2017, se notificó la Resolución No. SUB 276513 del 29 de noviembre de 2017 y el 12 de enero de 2018, el señor Pedro Wilson Carrillo Flórez interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de dicho acto administrativo.

1.2.9 Que por medio de la Resolución No. SUB 43250 del 20 de febrero de 2018, Colpensiones modificó la Resolución No. SUB 276513 del 29 de noviembre de 2017, en el sentido de ingresar en nómina la prestación a partir del 1° de octubre de 2017, en cuantía de \$4.296.017,00 m/cte., teniendo en cuenta 2.076 semanas y reconociendo un retroactivo pensional por valor de \$11.856.851,00 m/cte.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la entidad demandante estima desconocidos la Constitución Política, el Decreto 758 de 1990 y la Ley 100 de 1993, estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

Luego de citar la normatividad que regula el régimen pensional de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, así como las normas que consagran la revocatoria de los actos administrativos, sostuvo que los afiliados al Instituto de Seguros Sociales que son beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se rigen por las normas contenidas en el Acuerdo 049 de 1990.

Indicó que el Ingreso Base de Liquidación se regulará, como regla general, por la nueva reglamentación contenida en la Ley 100 de 1993 y para el caso de quienes les faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho de la pensión, al momento en que entró a regir el Sistema General de Pensiones, se les aplica las reglas contenidas en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, para quienes les faltare más de 10 años, el IBL será el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Manifestó que para cuantificar el Ingreso Base de Liquidación se tomará el promedio de lo devengado y sobre lo que hubiera cotizado el afiliado durante los 10 años que anteceden al reconocimiento de la pensión, de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y, en ese sentido, se efectúa un conteo retrocediendo en la historia laboral o salarial, hasta completar un lapso igual a 10 años de tiempo cotizado, salario que se actualiza a la fecha de la pensión y se promedia.

Afirmó que mediante las Resoluciones GNR 286361 del 14 de agosto de 2014 y SUB 43250 del 20 de febrero de 2018, la entidad demandante cometió un error en la liquidación de la prestación, por los siguientes motivos:

- i) La Resolución No. GNR 286361 del 14 de agosto de 2014, en virtud de lo señalado en el Decreto 546 de 1971, calculó el ingreso base de liquidación teniendo en cuenta la asignación más elevada del último año, cuando lo correcto era tasar la pensión de vejez con el promedio de lo devengado o cotizado entre el tiempo que le hiciera

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 2018-00175*

falta desde la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de adquisición del derecho a la prestación o de todo el tiempo si este fuere superior y si faltare más de 10 años, el IBL sería calculado, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, es decir, el promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos 10 años o el de toda la vida laboral si tuviera 1250 o más semanas, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor (IPC), según certificación que expida el DANE; teniendo en cuenta los factores salariales establecidos en el artículo 1° del decreto 1158 del 3 de junio de 1994.

- ii) La bonificación por servicios prestados, debía calcularse en una doceava parte con el fin de sumarla a los demás factores salariales mensuales; sin embargo, la entidad la tomó solamente en el mes que se canceló, generando así una mesada superior a la que en derecho le corresponde.

Adujo que la Administradora Colombiana de Pensiones efectuó la liquidación correcta de la prestación del señor Pedro Wilson Carrillo Flórez, así:

	ASIGNACION BASICA	PRIMA ANTIGUEDAD	DE	BONIFICACION POR SERVICIOS	TOTAL
Jul. - 2013	\$ 1,414,994	\$ 1,414,994		\$ 103,153	\$ 2,933,141
Ago. - 2013	\$ 1,414,994	\$ 1,414,994		\$ 103,153	\$ 2,933,141
Sep. - 2013	\$ 1,450,368	\$ 2,174,714		\$ 103,153	\$ 3,728,235
Oct. - 2013	\$ 1,450,368	\$ 2,174,714		\$ 103,153	\$ 3,728,235
Nov. - 2013	\$ 1,450,368	\$ 2,174,714		\$ 103,153	\$ 3,728,235
Dic. - 2013	\$ 1,450,368	\$ 2,174,714		\$ 103,153	\$ 3,728,235
Ene. - 2014	\$ 1,493,009	\$ 2,238,651		\$ 108,840	\$ 3,840,500
Feb. - 2014	\$ 1,493,009	\$ 2,238,651		\$ 108,840	\$ 3,840,500
Mar. - 2014	\$ 1,493,009	\$ 2,238,651		\$ 108,840	\$ 3,840,500
Abr. - 2014	\$ 1,493,009	\$ 2,238,651		\$ 108,840	\$ 3,840,500
May. - 2014	\$ 1,493,009	\$ 2,238,651		\$ 108,840	\$ 3,840,500
Jun. - 2014	\$ 1,493,009	\$ 2,238,651		\$ 108,840	\$ 3,840,500
					\$ 43,822,221
					\$ 3,840,500
					\$ 2,880,375

En ese sentido, concluyó que la mesada a reconocer para el año 2014 correspondía a un valor de \$2.880.375,00 m/cte. y no como se determinó en la Resolución No. GNR 286361 del 14 de agosto de 2014, por valor de \$3.670.500,00 m/cte.

Afirmó que efectuada la comparación de la nueva liquidación de la prestación, con la mesada otorgada en la Resolución No. GNR 286361 de 2014, se evidenció que en dicho acto administrativo se incurrió en un error aritmético al sumar los factores salariales mensuales con el valor anual de la bonificación por servicios prestados, falencia que generó una mesada pensional más elevada, así:

Año	Valor correcto Dec. 546/71 286361 de 2014 IBL último año	Mesada Res. GNR IBL último año
2014	\$2,880,375	\$3,670,500
2015	\$2,985,797	\$3,804,840
2016	\$3,187,935	\$4,062,427
2017	\$3,371,241	\$4,296,017
2018	\$3,509,125	\$4,471,724

Por otro lado, citó jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, la cual solicitó que se tenga en cuenta para decidir la litis.

III. CONTESTACIÓN

El apoderado del señor Pedro Wilson Carrillo Flórez, mediante escrito del 9 de julio de 2019, que obra a folios 82 a 94, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Señaló que desde el momento que el señor Carrillo Flórez tuvo conocimiento de la Resolución No. GNR 286361 del 14 de agosto de 2014, le manifestó a Colpensiones su inconformidad con la decisión adoptada, toda vez que no se tuvo en cuenta que era beneficiario del régimen de transición, por haber cotizado hasta el último día que laboró en la Procuraduría General de la Nación, sin que ello repercutiera en una última actualización de factores de salario, hecho que influiría en un mejor IBL para liquidar la mesada pensional.

Indicó que la entidad demandante no realizó el análisis de la pensión de vejez del señor Carrillo Flórez, con otros regímenes pensionales y en donde el porcentaje fuera superior (hasta 90%).

Señaló que en virtud de lo anterior, el señor Pedro Wilson Carrillo Flórez, solicitó en repetidas ocasiones que se revisaran los actos administrativos, incluso interpuso los recursos de ley correspondientes, dentro de los tiempos estipulados para ello.

Precisó que el señor Carrillo Flórez radicó los documentos para el reconocimiento pensional exigidos por Colpensiones y fue la misma entidad la que a través de la Resolución No. SUB 43250 del 20 de febrero de 2018, reconoció la prestación.

Esgrimió que el pensional siempre actuó con rectitud y honorabilidad ante el Sistema General de Pensiones y, por ende, no se advierte un actuar de mala fe, razón por la cual, se debe dar aplicación a lo consagrado en el literal c) del artículo 164 del C. P. A. C. A. y a lo dispuesto por el Consejo de Estado en la sentencia que se ocupó de citar.

De otro lado, propuso las siguientes excepciones:

i) **Temeridad y mala fe:** Sostuvo que el señor Pedro Wilson Carrillo Flórez cumplió con los requisitos para ser beneficiario de la pensión de vejez, tal como lo señaló la entidad demandante en la Resolución No. GNR 286361 del 14 de agosto de 2014.

ii) **Confianza legítima y seguridad jurídica:** Indicó que desde el primer momento en que el señor Carrillo Flórez fue notificado del acto administrativo que le reconoció la pensión de vejez, manifestó su inconformidad, toda vez que no se tuvo en cuenta que era beneficiario del régimen de transición, pues cotizó 2.220 semanas; sin embargo, no se le otorgó un beneficio extra por la lealtad al sistema, que sería la actualización de los factores salariales que le permitiría obtener un mejor IBL, como tampoco se analizó la prestación con otros regímenes que le serían más beneficiosos.

iii) **Cobro de lo no debido:** Sostuvo que la entidad demandante pretende que se le devuelvan unas sumas de dinero que en principio no se ha demostrado que efectivamente se han pagado de más al señor Pedro William

Carrillo Flórez; amén, que no se le puede inculpar el error efectuado por el ente público que le reconoció la mesada pensional.

iv) **Falta de legitimación en la causa:** La cual fue resuelta mediante auto del 17 de julio de 2020, negando su prosperidad.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Entidad demandante

Se advierte que si bien, mediante escrito allegado vía correo electrónico el 5 de noviembre de la presente anualidad, el doctor ALEJANDRO BÁEZ ATEHORTÚA presentó alegatos de conclusión, aduciendo que actúa como apoderado sustituto de la entidad demandante, lo cierto es que dicho profesional del derecho no se encuentra reconocido en el plenario y tampoco aportó poder que lo faculte para actuar en tal calidad, circunstancia que impide tener en cuenta el referido escrito.

4.2 Parte demandada

El apoderado del señor Pedro Wilson Carrillo Flórez, mediante escrito allegado vía correo electrónico el 10 de diciembre de 2020, se ratificó en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y manifestó que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, toda vez que su representado cumple cabalmente con los requisitos que establece la ley para ser beneficiario de la pensión, ya que este contaba con las semanas cotizadas y con la edad, lo que conllevó a la entidad demandante a reconocer la prestación.

Afirmó que el señor Carrillo Flórez recibió la mesada pensional amparado en el acto administrativo que expidió la entidad, razón por la cual, se debe dar aplicación a lo contemplado en el literal c) del artículo 164 de la Ley 1437, según el cual, no habrá lugar a recuperar dineros recibidos de buena fe.

Señaló que desde el primer día que le fue notificada la Resolución No. GNR 286361 del 14 de agosto de 2014, el señor Pedro Wilson Carrillo Flores,

manifestó su inconformismo frente al acto administrativo emitido por la entidad demandante, por cuanto: i) no tuvo en cuenta que era beneficiario del régimen de transición, ii) no actualizó la mesada pensional, pese a que había cotizado hasta el último día que laboró en la Procuraduría General de la Nación y iii) no se analizó el reconocimiento frente a otros regímenes pensionales que le eran aplicables.

Indicó que su representado es beneficiario del régimen pensional que establece en el artículo 6 del Decreto 546 de 1971, por cuanto este cumple con todos los requisitos allí contemplados y no como lo pretende ver la parte actora.

4.3. Ministerio Público

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

V. CONSIDERACIONES

5.1 DECISIÓN DE EXCEPCIONES:

Frente a las excepciones de **temeridad y mala fe, confianza legítima y seguridad jurídica** y **cobro de lo no debido**, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses del señor Pedro Wilson Carrillo Flórez, pero de ninguna manera constituyen excepciones de mérito que impidan al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual, serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

5.2 HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.2.1. Medio magnético contentivo de (fl. 29 Cdno 1):

- Certificaciones de factores salariales del señor Pedro Wilson Carrillo Flórez, expedidas por la Procuraduría General de la Nación.

- Resolución No. 3458 del 30 de junio de 2017, por medio de la cual la Procuraduría General de la Nación, aceptó la renuncia del señor Carrillo Flórez, a partir del 1 de octubre de 2017.
- Petición elevada el 14 de julio de 2017, mediante la cual el señor Carrillo Flórez le solicitó a la entidad demandante la inclusión en nómina de pensionados.
- Resolución No. GNR 286361 del 14 de agosto de 2014, por medio de la cual Colpensiones reconoció la pensión de vejez del señor Pedro Wilson Carrillo Flórez.
- Resolución No. GNR 64265 del 5 de marzo de 2015, a través de la cual la entidad demandante negó la reliquidación de la pensión de vejez del señor Pedro Wilson Carrillo Flórez.
- Resolución No. SUB 276513 del 29 de noviembre de 2017, mediante la cual Colpensiones requirió al señor Carrillo Flórez, con el fin de que allegara consentimiento para revocar la Resolución No. GNR 286361 del 14 de agosto del 2014 y ordenó el ingreso en nómina de su pensión de vejez en el mes de diciembre de 2017, pagadera en la mensualidad de enero de 2018.
- Auto No. AASUB-10 del 5 de enero de 2018, por medio del cual Colpensiones ordenó el archivo de la petición promovida el 11 de septiembre de 2017, por el señor Pedro Wilson Carrillo Flórez.
- Resolución No. SUB 43250 del 20 de febrero de 2019, a través de la cual la entidad demandante modificó la Resolución No. SUB 276513 del 29 de noviembre de 2017, en el sentido de tener como fecha de efectividad de la prestación el 1 de octubre de dicha anualidad y le reconoció un retroactivo pensional.

5.2.2. Petición radicada el 19 de febrero de 2014, mediante la cual el señor Pedro Wilson Carrillo Flórez, le solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez (fls. 39 a 41 Cdno. 2).

5.2.3. Historia clínica y exámenes médicos realizados al señor Carrillo Flórez (fls. 45 a 80 Cdno. 2).

5.2.4. Extracto de un crédito de consumo del señor Pedro Wilson Carrillo Flórez, expedido por el Banco Davivienda (fl. 82 Cdno. 2).

5.3 PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en establecer:

i) Si las Resoluciones Nos. GNR 286361 del 14 de agosto de 2014 y SUB 43250 del 20 de febrero de 2018, por medio de las cuales se reconoció y dejó en suspenso el pago de la pensión de vejez al señor PEDRO WILSON CARRILLO FLÓREZ, se incluyó en nómina la misma y se reconoció el retroactivo pensional – *respectivamente*, se encuentran viciadas de nulidad, por cuanto contienen una liquidación incorrecta de la prestación al **a)** tomarse el valor más elevado del último año de servicios y no lo establecido en el artículo 21 y en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y **b)** omitirse liquidar la bonificación por servicios en una doceava parte y **ii)** si es o no procedente ordenar el reintegro de las sumas percibidas por el señor Carrillo Flórez, en caso de accederse a la nulidad deprecada.

5.3.1 RÉGIMEN PENSIONAL APLICABLE FRENTE AL CASO CONCRETO.

La Ley **100 de 1993**, en su artículo 36 consagró en materia pensional un régimen de transición en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley

(...)" (Negrilla fuera del texto original).

Posteriormente, en el párrafo transitorio No. 4 del Acto Legislativo No. 01 de 2005 “*por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política*”, se señaló:

"Parágrafo transitorio 4°. 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**, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

"Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen" (Negrita y subrayado fuera del texto original).

De las pruebas obrantes en el expediente, se observa que, al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el señor Pedro Wilson Carrillo Flórez tenía más de 15 años de servicio, pues ingresó a la laborar al Ministerio de Hacienda desde el 21 de febrero de 1977, tal como se acredita en la Resolución No. GNR 286361 del 14 de agosto de 2014, por lo que no cabe duda que se encontraba dentro de las previsiones del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo beneficiario de las disposiciones del Decreto 546 de 1971, al estar vinculado por más de 10 años a la Procuraduría General de la Nación (fl. 29), quedando posteriormente cobijado por el parágrafo transitorio No. 4 del Acto Legislativo No. 01 de 2005, al contar con más de 750 semanas para dicha fecha.

Dado lo anterior y teniendo en cuenta que, como primer aspecto, se discute que el ingreso base de liquidación debió corresponder al 75% del promedio devengado en los últimos 10 años, con los factores previstos en el Decreto 1158 y no al 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicio, como efectivamente ocurrió, el Despacho definirá la presente controversia bajo la **Sentencia de Unificación proferida el 11 de junio de 2020**¹, por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en la cual se señaló:

"(...)

4. Reglas de unificación

¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección segunda, Sentencia de Unificación CE-SUJ-S2-021-201, radicación: 15001 23 33 000 2016 00630 01 (4083-2017), demandante: Cándida Rosa Araque De Navas, demandada: Administradora Colombiana De Pensiones (COLPENSIONES), tema: Sentencia de unificación jurisprudencial, régimen especial de pensión de jubilación de la Rama Judicial y del Ministerio Público/ Beneficiarios de la transición normativa de la Ley 100 de 1993/ Ingreso Base de Liquidación Ley 1437 de 2011.

De lo expuesto anteriormente se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en el tema puesto a consideración:

4.1. 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, b) 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; 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 hiciera 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”** (resaltado fuera del texto original).

De la jurisprudencia en cita, se concluye que el Ingreso Base de Liquidación no fue objeto de transición, razón por la cual, para el cálculo de la pensión de los funcionarios o **empleados** de la Rama Jurisdiccional o del **Ministerio**

Público, se debe aplicar lo establecido en los artículos 21 y 36 - inciso 3° - de la Ley 100 de 1993, así:

- i) El ingreso base de liquidación del funcionario o empleado judicial que le faltan más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, es el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, con la debida actualización.
- ii) El ingreso base de liquidación del funcionario o empleado que le faltan menos de diez 10 años para adquirir el derecho a la pensión, es el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo, si fuera superior, debidamente actualizado.
- iii) Los factores base de liquidación son los contemplados en los artículos 1° del Decreto 1158 de 1994, 14 de la Ley 4ª de 1992 con la modificación de la Ley 332 de 1996, 1° del Decreto 610 de 1998, 1° del Decreto 2460 de 2006, 1° del Decreto 3900 de 2008, 1° del Decreto 1102 de 2012 y 1° 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.**

Ahora bien, de las pruebas documentales recaudadas en el proceso se desprende que a través de la Resolución No. GNR 286361 del 14 de agosto de 2014, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, reconoció la pensión de vejez del señor Pedro Wilson Carrillo Flórez, incluyendo como ingreso base de cotización los factores salariales establecidos en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 1045 de la misma anualidad, en cuantía de \$3.670.500,00 m/cte., la cual quedó en suspenso hasta tanto se acreditara su retiro definitivo del servicio (fl. 29).

Posteriormente, mediante la Resolución No. GNR 64265 del 5 de marzo de 2015, se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por

el señor Carrillo Flórez, contra el acto administrativo señalado anteriormente, toda vez que para efectos de calcular el monto de la mesada pensional la entidad tuvo en cuenta lo establecido en el régimen contemplado en el Decreto 546 de 1971, efecto para el cual, tomó el 75% de **la asignación mensual más elevada que hubiese devengado en el último año de servicio**, incluyendo los factores salariales contenidos en los artículos 12 del Decreto 717 de 1978 y 45 del Decreto 1045 de la misma anualidad y dado que la prestación se tasó con 1949 semanas de cotización, no se observaron motivos de hecho o de derecho que permitieran incrementar la mesada pensional, en virtud del principio de favorabilidad (fl. 29).

Por su parte, por medio de la Resolución No. SUB 276513 del 29 de noviembre de 2017, Colpensiones al momento de resolver la solicitud elevada el 28 de noviembre de 2017, por el señor Pedro Wilson Carrillo Flórez, orientada al ingreso en nómina de la pensión de vejez que le fue reconocida por la entidad, requirió al peticionario, con el fin de que allegara su consentimiento para revocar la Resolución No. GNR 286361 del 14 de agosto de 2014, al considerar que en el caso bajo estudio se debía dar aplicación a los precedentes de la H. Corte Constitucional, en el sentido de que el IBL no fue objeto de transición y, por ende, para liquidar la prestación, lo procedente era tener en cuenta lo establecido en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales contenidos en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994.

En ese sentido, indicó que una vez revisada la liquidación efectuada en el acto administrativo que le reconoció la pensión de vejez, se evidenció que se otorgó bajo los parámetros del Decreto 546 de 1971, **tomando la mayor asignación devengada en el último de servicios**, por valor de \$4.894.000,00 m/cte. (indexado al año 2017), en donde se tuvo como factor salarial la **bonificación por servicios de manera completa por un solo mes**, la cual debe ser fraccionada por doce meses.

Así las cosas, al realizar nuevamente el cálculo de la prestación, la entidad determinó que para el año 2014, la mesada correspondía a la suma de \$2.880.375,00 m/cte., monto inferior al reconocido, a través de la Resolución No. GNR 286361 del 14 de agosto de 2014, donde se determinó

en un valor de \$3´670.500,00 m/cte., al contabilizar un total de 1291 semanas.

Finalmente, a través de la Resolución No. SUB 43250 del 20 de febrero de 2018, la entidad demandante resolvió el recurso de reposición interpuesto por el señor Pedro Wilson Carrillo Flórez contra la decisión anterior y en la parte resolutoria, modificó la fecha de efectividad de la prestación, toda vez que allí se había determinado el 1 de diciembre de 2017, cuando lo correcto era el 1 de octubre de dicha anualidad y reconoció la suma de \$4´269.017,00 m/cte., por concepto del retroactivo pensional que se generó.

Así las cosas, se encuentra demostrado que le asiste razón a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al señalar que cometió un error al momento de liquidar la pensión de vejez del señor Pedro Wilson Carrillo Flórez, toda vez que **tomó el 75% de la asignación mensual más elevada que hubiese devengado en el último año de servicio**, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 6° del Decreto 546 de 1971, pues si bien respecto a los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto tiene derecho a las provisiones contenidas en dicha disposición legal, lo cierto es que frente a los demás aspectos debe darse aplicación a lo dispuesto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, tomando como ingreso base de liquidación el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años o el tiempo que le hiciere falta o toda la vida laboral si tuviera 1250 o más semanas, con los factores salariales contenidos en las normas que rigen a los empleados del Ministerio Público y sobre los cuales hubiese cotizado para pensión, de conformidad con las reglas de unificación fijadas por el Consejo de Estado, en la sentencia citada líneas atrás.

En ese sentido, el periodo que se debe tener en cuenta para liquidar la pensión de vejez del señor Pedro Wilson Carrillo Flórez, **comprende los 10 años anteriores al reconocimiento de la prestación**, toda vez que, al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaban más de 10 años para consolidar el estatus pensional, pues de la lectura de la Resolución No. GNR 286361 del 14 de agosto de 2014, se evidencia que dicho estatus lo adquirió el **10 de mayo de 2012**, razón por la cual, **no era dable que se tomara el último año de servicios para calcular el IBL**, como se señaló en los actos administrativos enjuiciados.

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta el Decreto 1158 de 1994, contempla los siguientes:

- 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 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.**

Ahora bien, se desprende de las certificaciones expedidas por la Procuraduría General de la Nación, que obran en el medio magnético visible a folio 29, que el señor Pedro Wilson Carrillo Flórez, durante el período comprendido entre los años 2007 y 2017, devengó: **sueldo**, subsidio de alimentación, **bonificación por servicios** y las primas de **antigüedad**, navidad, servicios y vacaciones.

Ahora, si bien en el acto administrativo de liquidación pensional, no se detallaron los factores sobre los cuales se liquidó dicha prestación, lo cierto es que de los devengados por el señor Carrillo Flórez, según la certificación señalada anteriormente, solamente el **sueldo, la bonificación por servicios y la prima de antigüedad**, se encuentran contemplados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales, se presume cotizó durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión.

En cuanto a la liquidación de la **bonificación por servicios**, se precisa que, en virtud de lo señalado en las certificaciones expedidas por la Procuraduría General de la Nación, se encuentra demostrado que este concepto le fue reconocido y pagado al señor Carrillo Flórez **anualmente**, por lo cual, **para efectos de determinar la base de liquidación lo procedente es tomar las doceavas partes de esta y, no, “de manera completa por un solo mes”, como lo hizo la entidad demandante.**

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional en sentencia T-831 de 2012²,

² Corte Constitucional, referencia: T-3542519, acción de Tutela instaurada por Gabriel Hurtado Giraldo, contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

indicó: “En cuanto al valor de la bonificación -como factor salarial- a tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación (IBL) de los servidores de la Rama Judicial o del **Ministerio Público**, a fin de calcular el valor de sus pensiones de jubilación, en reiteradas sentencias, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, **han interpretado que debe ser la doceava parte de su valor, dado que, según la normativa aplicable, la bonificación se paga una vez al año y a condición de que el servidor complete un año trabajado**” (negrita del Despacho).

Por su parte, el Consejo de Estado - Sección Segunda, Subsección “B”, en un caso de similares características al que ahora ocupa la atención del Despacho, mediante sentencia del 7 de febrero de 2019³, señaló que “La inclusión de la **bonificación por servicios** prestados en el ingreso base de liquidación, obedece a un mandato de ley, y su proporción principalmente al periodo de causación, esto es, **al tratarse de un emolumento que se causa y se percibe por cada año de servicio, debe ser fraccionado en una doceava parte**” (negrita fuera del texto original).

Por lo anotado en las anteriores consideraciones, al hallarse infirmada la presunción de legalidad de las Resoluciones Nos. GNR 286361 del 14 de agosto de 2014 y SUB 43250 del 20 de febrero de 2018, por medio de las cuales se reconoció y dejó en suspenso el pago de la pensión de vejez al señor PEDRO WILSON CARRILLO FLÓREZ, se incluyó en nómina la misma y se reconoció el retroactivo pensional – *respectivamente*, se declarará su nulidad parcial, en cuanto a la forma como se calculó el Ingreso Base de Liquidación de la prestación y la bonificación por servicios prestados.

5.3.2 Reintegro de las mesadas pensionales.

El apoderado de la parte demandante refirió que resulta procedente el reintegro de las sumas canceladas al señor Pedro Wilson Carrillo Flórez, en virtud del reconocimiento de la pensión de vejez otorgada por Colpensiones, por la diferencia generada entre lo que se reconoció erróneamente y lo que realmente le corresponde por concepto de la prestación, a partir de la fecha

³ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente No. 05001-23-33-000-2016-01596-02(1521-18), actor: UGPP, demandada: Maria Gilma Diez García.

de inclusión en nómina de pensionados, contenida en la Resolución SUB 43250 del 20 de febrero de 2018.

Sobre el particular es menester precisar, que si bien, la declaratoria de nulidad de un acto administrativo retrotrae los efectos a su estado inicial, puesto que no debió existir en el ordenamiento jurídico y, por ende, desaparecen los efectos del mismo, lo cierto es que, cuando está en discusión la devolución de las sumas de dinero pagadas y no debidas, el literal c) del numeral 1 del artículo 164 del C. P. A. C. A., fue preciso al señalar lo siguiente:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. **Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe**”. (Negrita del Despacho).

La norma en cita, guarda estrecha relación con la disposición adoptada en el artículo 83 de la Constitución Política, según el cual:

“ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

En ese sentido, la buena fe se presume en todos los actos de los particulares; sin embargo, dicho principio no es absoluto, en la medida que puede ser desvirtuado por quien lo alega, carga que no logró cumplir la parte demandante, pues tal como lo sostiene el apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dicha entidad fue la que cometió un error aritmético en la liquidación de la pensión de vejez del señor Pedro Wilson Carrillo Flórez y en virtud de lo dispuesto en la Resolución No. GNR 64265 del 5 de marzo de 2015, le generó una expectativa de que le asistía el derecho al reconocimiento prestacional con el 75% de la asignación mensual más elevada que hubiese devengado en el último año de servicio, de conformidad con lo regulado en el Decreto 546 de 1971, incluyendo los factores salariales contenidos en los artículos 12 del Decreto 717 de 1978 y

45 del Decreto 1045 de la misma anualidad; amén, que tasó la bonificación por servicios, de la forma que consideró procedente en dicho momento, lo que le generó una legítima confianza en que percibía la mesada conforme con la ley.

Así las cosas, no se acreditó que el señor Pedro Wilson Carrillo Flórez obtuviera el reconocimiento pensional que ahora se deprecia su nulidad, de forma fraudulenta, como tampoco se puede concluir que actuó de mala fe, pues si bien en algunas oportunidades solicitó la reliquidación de la prestación, lo cierto es que lo hizo bajo la consideración de que estaba actuando conforme a derecho.

En ese sentido, no puede ahora trasladarse la responsabilidad del yerro cometido por la entidad demandante al señor Pedro Wilson Carrillo Flórez, pues no se puede establecer que su actuación fuera la determinante para que la administración a través de la Resolución No. GNR 64265 del 5 de marzo de 2015, le reconociera la pensión de vejez bajo una normatividad que no le resultaba aplicable o bajo supuestos que alteraran la realidad.

Así las cosas, el reconocimiento irregular de la pensión de vejez efectuada por la entidad tuvo como origen la interpretación adoptada respecto a la aplicación del IBL, dado que el señor Pedro Wilson Carrillo Flórez es beneficiario del régimen de transición, tema que no fue pacífico en las administradoras del sistema pensional, como en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, razón por la cual, la ilegalidad de los actos acusados no le es imputable al pensional y, en ese sentido, no se accederá a la devolución de las prestaciones pagadas a este por concepto de los actos administrativos demandados, al no encontrarse acreditado que las haya percibido de mala fe.

5.4 COSTAS.

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

evidenció que el señor Pedro Wilson Carrillo Flórez en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

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

VI. RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad **parcial** de las Resoluciones Nos. GNR 286361 del 14 de agosto de 2014 y SUB 43250 del 20 de febrero de 2018, a través de las cuales se reconoció y dejó en suspenso el pago de la pensión de vejez del señor PEDRO WILSON CARRILLO FLÓREZ, se incluyó en nómina la misma y se reconoció el retroactivo pensional – *respectivamente*, en cuanto a la forma como se calculó el Ingreso Base de Liquidación de la prestación y la bonificación por servicios prestados.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES debe **REALIZAR** una nueva liquidación de la pensión de vejez del señor PEDRO WILSON CARRILLO FLÓREZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.307.159 de Bogotá, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es: **i)** teniendo en cuenta el promedio de la asignación básica y los factores salariales que devengó y sobre los cuales cotizó al sistema pensional, durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la prestación; **ii)** calcular la bonificación por servicios en una doceava parte y **iii)** actualizar las anteriores sumas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE, aplicando para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = \frac{\text{R.H. Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo que debió percibir el señor Pedro Wilson Carrillo Flórez por concepto de mesada pensional, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la

fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente.

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

TERCERO.- LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES deberá **GARANTIZAR EL PAGO** de la mesada pensional del señor PEDRO WILSON CARRILLO FLÓREZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.307.159 de Bogotá, hasta el momento de la ejecutoria de la presente providencia.

CUARTO.- NIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la presente sentencia.

QUINTO.- Sin costas a cargo del señor PEDRO WILSON CARRILLO FLÓREZ.

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

SÉPTIMO.- Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la entidad demandante excepto los ya causados, a petición de la misma.

Notifíquese y cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
Juez

Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 2018-00175

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 01 de hoy 29 de enero de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

Firmado Por:

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ

JUEZ

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

SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

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

Código de verificación:

**7bbc3877c7730d174ab64240afea803a33b2a77958cae73dfe44a4233b786
a37**

Documento generado en 17/01/2021 09:35:13 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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