REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Bogotá, D.C., primero (1°) de julio de dos veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso:	110013335-018-2019-00446-00
Demandante:	**EMIRO ARRIAGA CARABALÍ**
Demandado:	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Asunto:	SENTENCIA

El señor **EMIRO ARRIAGA CARABALÍ,** identificado con la cédula de ciudadanía No. 4.832.746, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

(i) Pretende el demandante que se declare la nulidad de la Resolución No. 7144 del 19 de julio de 2019, por medio de la cual se le negó la pensión de jubilación, al cumplir 55 años de edad y con 20 años de servicio, sin exigir el retiro definitivo del cargo docente, para ser incluido en la nómina de pensionados.

(ii) Declarar que el actor tiene derecho a que el Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le

reconozca y pague una pensión de jubilación equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del status jurídico de pensionado, es decir, a partir del 12 de diciembre de 2014.

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

(iii) Reconocer y a pagar al demandante una pensión de jubilación, equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del status jurídico de pensionado, es decir, a partir del 12 de diciembre de 2014.

(iv) Dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro del proceso, en el término de 30 días contados desde la comunicación a éste, tal como lo disponen los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

(v) Reconocer y pagar los ajustes de valor a que haya lugar, con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las mesadas pensionales y demás emolumentos, por tratarse de sumas de tracto sucesivo de conformidad con el artículo 192 del C.P.A.C.A.

(vi) Pagar los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente, hasta que se efectué el pago de los valores adeudados.

(**vi**i) Efectuar la inclusión en nómina de pensionados, una vez sea reconocido el derecho y el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho.

(viii) Condenar en costas a la entidad demandada en los términos del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

1.2. HECHOS.

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

1.2.1. Que el actor nació el 19 de mayo de 1957 (según la cédula de ciudadanía que obra en el plenario), por lo que en la actualidad tiene más de 55 años de edad.

1.2.2. Que laboró como soldado, desde el 6 de marzo de 1978 hasta el 30 de octubre de 1979 y posteriormente se vinculó a la Secretaría de Educación del Meta como docente del 15 de mayo de 1983 hasta el 25 de marzo de 1989.

1.2.3. Que desde el 16 de enero al 15 de diciembre de 2002, desde el 13 de enero al 16 de diciembre de 2003 y del 15 de enero al 17 de diciembre de 2004, se vinculó como servidor público.

1.2.4. Que el actor se vinculó nuevamente al servicio docente oficial, en provisionalidad, en la Secretaría de Educación de Bogotá desde el 22 de febrero de 2005 al 17 de junio de 2005 y una vez surtidos todos los trámites, fue nombrado en propiedad, desde el 15 de julio de 2005, encontrándose en actividad para la fecha de presentación de la demanda.

1.2.5. Que el demandante al completar 55 años de edad y 20 años de servicio oficial, solicitó el reconocimiento de una pensión de jubilación al Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a partir del 12 de diciembre de 2014, fecha en la que cumplió el status de pensionado.

1.2.6. Que por medio del acto administrativo demandado se negó al demandante dicho reconocimiento, en razón a que no le asistía derecho a la aplicación del Decreto 812 de 2003.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La apoderada del demandante estima desconocidos el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, numerales 1 y 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, artículo 6° de la ley 60 de 1993, artículo 115 de la Ley 115 de 1993, artículo 279 de la Ley 100 de 1993, artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y los artículos 1 y 2 del Decreto 3752 de 2003.

Señala la apoderada del actor que el artículo 17 inciso b) de la ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, estableció que el empleado u obrero tiene derecho al reconocimiento de la pensión vitalicia de jubilación cuando haya llegado a 50 años de edad, después de 20 años de servicio continuo o discontinuo.

Manifiesta que el derecho a gozar de la pensión a los 50 años de edad, en aplicación de la excepción consagrada en el artículo 1° de la ley 33 de 1985, quedaba únicamente para los docentes que tuvieran, más de 15 años de tiempo de servicio al 29 de enero de 1985, circunstancia que no reviste ninguna controversia por haberse disipado en el tiempo la ocurrencia de circunstancias de trabajadores en esas condiciones.

Afirma que en el numeral 1° del inciso segundo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, se dispuso que a partir de la vigencia de la misma, el personal docente nacional y nacionalizado que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990, para efectos prestacionales se regirán por las normas vigentes aplicables a los servidores s públicos del orden nacional, esto es, los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y los que se expidan a futuro.

Aduce que de conformidad con la Ley 812 de 2003, los docentes vinculados hasta la entrada en vigencia de la misma, se encuentran cobijados por las normas anteriores, es decir la Ley 33 de 1985, en el caso de servidores públicos regulares o en el caso de docentes con aportes al sector privado, las previsiones de la Ley 71 de 1988.

Afirma que aquellos maestros vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les reconocerá la pensión de jubilación bajo el régimen general pensional del sector público establecido en las normas vigentes; por su parte, el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial al 23 de junio de 2003, es el establecido para el magisterio, con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Manifiesta que en el caso del demandante pese a que se encuentra demostrado que antes del 23 de junio de 2003, estaba vinculado a la Administración, la entidad demandada le niega el derecho a percibir una pensión de jubilación.

Argumentó que el presente caso se asemeja al reconocimiento de la pensión gracia, pues solo se requiere haberse vinculado a la docencia oficial antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, para ser beneficiario de la Ley 33 de 1985, requisito que, afirma, cumple el demandante.

III. CONTESTACIÓN

Mediante escrito del **12 de marzo de 2020,** la apoderada judicial del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso las siguientes razones de defensa:

Señaló que para el caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el artículo 81 de Ley 812 de 2003, estableció que aquellos vinculados a partir de la entrada en vigencia de la norma en mención, esto es 27 de junio de 2003, gozarían de lo establecido en el Sistema General de Pensiones, mientras que los que se encontraban laborando con antelación a la misma el régimen aplicable es el consagrado en la Ley 91 de 1989, normatividad que a su vez permitió la aplicación de las leyes 33 y 62, ambas de 1985 y los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, puesto que fueron excluidos de la aplicación del Sistema General de Pensiones.

Manifestó que en aquellos eventos en que el docente beneficiario del régimen de transición previsto en el enunciado del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no haya servido al Estado durante toda su vida laboral, sino en entidades públicas y privadas ya fuera en dicha profesión o en otros cargos, le es aplicable lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 y su decreto reglamentario 279 de 1994, que consagra la pensión por aportes, régimen anterior al Sistema General de Pensiones.

Adujo que recientemente el H. Consejo de Estado a través de Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, consejero ponente: Doctor Cesar Palomino Cortés dentro del expediente 52001-23-000201001401, interpretó la aplicación del régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985 y la interpretación que se le debe dar al artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Argumentó que el caso del demandante tuvo una vinculación con la Secretaría del Meta el 15 de mayo de 1983, por lo que eventualmente sería beneficiario por fecha de la Ley 812 de 2003; sin embargo, no cumple con los requisitos contenidos en las Leyes 91 de 1989, 33 y 62 de 1985.

Afirma que en gracia de discusión el demandante podía ser beneficiario de la Ley 71 de 1988, al ostentar tiempos públicos y privados en su historia laboral, efecto para el cual debe encontrarse cobijado por el régimen de transición de la ley 100 de 1993, circunstancia que no se predica en el presente caso, pues nació el 19 de mayo de 1957, por lo que al 1 de abril de 1994, tenía 37 años de edad y contaba con 225 semanas.

De otra parte, propuso las siguientes excepciones:

(i) **Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad.** Señala que los actos administrativos emitidos por la entidad demandada se encuentran ajustados a derecho, pues se profirieron en estricto seguimiento de las normas legales vigentes aplicables al demandante, sin que se encuentre viciado de nulidad alguna.

(ii) **Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido**. Manifestó que lo pretendido por el actor fue negado por la Administración, por cuanto éste no cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de vejez por aportes, contenida en la Ley 71 de 1988.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

La apoderada de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **3 de junio de 2021,** reiteró los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, señalando que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, indicó que los docentes que se encontraban vinculados al servicio público educativo oficial, con anterioridad a la referida ley, se regirían por lo establecido para el magisterio en las disposiciones anteriores, es decir la Ley 71 de 1988.

En esas condiciones, afirma que en el presente caso quedó demostrado que el actor realizó aportes al ISS hoy Colpensiones antes del 23 de junio de 2003, por lo que no puede desconocer el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el derecho que le asiste al régimen de transición.

Manifiesta que para que no exista duda del derecho que le asiste a su representado, vale la pena indicar que la Ley 812 de 2003, permite que los docentes vinculados con anterioridad al 26 de junio de 2003, tengan derecho al reconocimiento prestacional, en los términos del literal b) del numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, esto es, el correspondiente al 75% del salario mensual promedio del último año, según el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, esto es la Ley 33 de 1985, si acreditan 20 años de servicio exclusivo al sector público o a la Ley 71 de 1988, en el evento en que requiera sumar aportes, para acreditar dicho tiempo.

Por lo tanto, sostiene que el acto administrativo del cual se solicita la nulidad vulneró las disposiciones legales en que debería haberse fundado, no solo porque la entidad demandada desconoce el contenido de las normas transitorias del Decreto 812 de 2003, que en el presente asunto le resultan aplicables al actor, sino porque al realizar esta grave interpretación normativa, afecta su mesada pensional y lo obliga a cumplir con la desvinculación de su cargo, en caso de que decida percibir su pensión bajo un régimen diferente al indicado.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211181200581 del 30 de mayo de 2021,** allegado a este Despacho vía correo electrónico el 31 del mismo mes y año, señaló que el régimen prestacional de los docentes que se encontraban vinculados al servicio público educativo oficial, correspondía al establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003 y que quienes se vincularan a partir de su publicación, serian afiliados al FOMAG con los derechos pensionales del régimen de prima media señalados en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en ellas, con excepción de la edad de pensión de vejez que sería de 57 años para hombres y mujeres.

Sostuvo que la pensión por aportes tiene como fin proteger al cotizante respecto del tiempo de servicios, cuando a este le hiciere falta un lapso para acceder a la pensión de jubilación, ya sea en el sector público o en el privado, por lo que para el efecto es aplicable el régimen de transición, para quienes no cuentan con los requisitos del seguro social, ni los de las pensiones oficiales anteriores a la Ley 100 de 1993, de allí que dicha pensión por aportes, creada en la Ley 71 de 1988, pasa a constituir una modalidad aplicable en virtud de dicho régimen.

Argumentó que según se observa en la Resolución 7144 de 19 de julio de 2019, el actor fue nombrado en provisionalidad el 22 de febrero de 2005, de lo cual se concluye que el régimen aplicable al mismo en virtud de lo establecido en la Ley 812 de 2003, corresponde a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, pues si bien tuvo una vinculación con la Secretaria del Meta el 15 de mayo de 1983, lo que en principio le permitiría estar cobijado por las normas anteriores para adquirir su reconocimiento pensional con los parámetros de las leyes 91 de 1989, 33 y 62 de 1985, lo cierto es que no cumple con los requisitos contenidos en las mismas.

Aduce que respecto a la Ley 71 de 1988, se debe establecer si el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, el cual contempla que al 1° de abril de 1994, se debe cumplir con 35 años de edad en el caso de las mujeres y 40 para los hombres o contar con 15 años de servicio, para ser beneficiario de dicho régimen; sin embargo, el actor nació el 19 de mayo de 1957, por lo que a la entrada en vigencia de dicha

Ley contaba con 37 años de edad y contaba con 225 semanas, por lo que no le asiste derecho alguno a obtener una pensión de jubilación, bajo dicha preceptiva.

4.3. Ministerio Público

Se advierte que el señor procurador delegado ante el Despacho no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Respecto a las excepciones de **legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad e inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido**, el Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera 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:

1. Resolución No. 7144 del 19 de julio de 2019, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá negó al señor Emiro Arriaga Carabalí el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación.

2. Registro civil de nacimiento del señor Emiro Arriaga Carabalí.

3. Certificación expedida por la Coordinadora Grupo Archivo General del Ministerio de Defensa Nacional, en la que consta que el demandante fue

soldado del Batallón de Ingenieros Baraya, dado de alta el 6 de marzo de 1978 y de baja el 30 de octubre de 1979.

4. Certificación expedida por el Gerente de Gestión Humana de Comfenalco, en la que consta que el demandante prestó los servicios en dicha entidad por la modalidad de prestación de contrato a término fijo, así: del 16 de enero al el 15 de diciembre de 2002; del 13 de enero al 16 de diciembre de 2003 y del 15 de enero al 17 de diciembre de 2004, ocupando el empleo de Formador en el Colegio San Vicente.

5. Reporte expedido por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, respecto de las semanas cotizadas en pensión por el demandante.

6. Formatos únicos para la expedición de certificados de historias laborales, en los que consta que el demandante se desempeñó como docente desde el 15 de mayo de 1983 hasta el 25 de marzo de 1989 y luego del 25 de enero de 2005 al 20 de febrero de 2019 (fecha de expedición de la certificación).

7. Certificación expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá, en la que consta los factores salariales devengados por el demandante desde el 1 de enero de 2017 al 30 de enero de 2019.

5. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Emiro Arriaga Carabalí

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó en la providencia del **18 de marzo de 2021**, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si el actor tiene o no derecho a que se le reconozca y pague una pensión de jubilación equivalente al 75% de los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionado, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 812 de 2003.

5.3.1. RECONOCIMIENTO PENSIONAL DE LOS DOCENTES. MARCO NORMATIVO Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

Sobre el particular, La **Ley 812 de 2003** ***"****por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario",* en su artículo 81 dispuso:

> *"El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que* ***se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial,*** *es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley".*
>
> ***Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley,*** *serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y* ***tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003****, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (Negrilla y subrayado fuera del texto original)*

A su turno, la **Ley 115 de febrero 8 de 1994** *"Por la cual se expide la ley General de Educación",* en lo atinente al régimen prestacional del personal docente, dispuso en su artículo 115 que: *"El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley.* ***El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley".***

Ahora bien, el régimen prestacional establecido en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, se encuentra en **la Ley 60 de 1993** *"Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones"* señaló en el inciso final del artículo 6° que: *"El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados* ***que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989,*** *y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial" (Negrilla fuera del texto).*

Ahora bien, la **Ley 91 de 1989**, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 15 dispuso:

> *"Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*
>
> *(…)*
>
> *2. Pensiones.*
>
> *B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.*
>
> *(…)"*

En ese orden de ideas, la Ley 60 de 1993, consagró que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporaren a las plantas departamentales o distritales y las nuevas vinculaciones, sin solución de continuidad se regirían por el establecido en la Ley 91 de 1989 y en cuanto a los docentes territoriales dispuso su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, aplicando el mismo régimen prestacional vigente en la respetiva entidad territorial.

Adicionalmente, para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro; para los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial; para los nacionales y nacionalizados vinculados a partir del 1º de enero de 1981, así como para los demás docentes que sean nombrados a partir del 1º de enero de 1990, **les será reconocida una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Así mismo, se estableció que estos pensionados gozarán del régimen previsto para los pensionados del <u>sector público nacional.</u>**

En consecuencia, lo que hizo la Ley 115 de 1994, fue ratificar el régimen de jubilación que se encontraba vigente para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989, que fue el 29 de diciembre de 1989, **esto es, el contemplado en la Ley 33 de 1985**.

De acuerdo a lo anterior, para efectos de reconocimiento de pensión de jubilación, el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, señaló:

> *"ARTICULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (**20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación** equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".*

Por su parte, en lo relativo a los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, prevé:

> *"Artículo 3°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*
> *Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*
>
> *En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes*. (Negrilla fuera de texto)."

A su turno, el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 y agregó a dichos factores, la prima de antigüedad, ascensional y de capacitación en los siguientes términos:

> *"Artículo 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

5.3.2. Precedentes Jurisprudenciales.

El Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Dr. Cesar palomino Cortés, mediante **Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018**, dentro del Expediente No. 52001233300020120014301, respecto a la forma como se deben liquidar las pensiones del personal docente, estableció:

"(…)

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

"El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985"

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes ***subreglas****:*

94. ***La primera subregla*** *es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:*

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

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

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

(…)

Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003).
96. ***La segunda subregla*** *es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.*

(…)

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

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia*.*

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) ***se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado****; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.*

(…)". (Resaltado del Despacho).

Por su parte, la misma Corporación Judicial, en **Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019**[1], advirtió que:

"(…)

[1] Sentencia SUJ-014-CE-S2-2019, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente Dr. César Palomino Cortés.

> *26. …**la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no constituye precedente frente al régimen pensional de los docentes por dos razones fundamentales**: i) No hay similitud fáctica entre los supuestos de hecho resueltos en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 y el presente caso, y ii) se trata de problemas jurídicos distintos como se explicará más adelante".* (Negrillas fuera del texto original).

Y más adelante agregó:

> *"27. Sin embargo, en dicho pronunciamiento **se fijó una subregla sobre los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, subregla que se tendrá en cuenta como criterio de interpretación** para resolver el problema jurídico en este caso.*
>
> *(…)".* (Negrillas del Despacho).

Posteriormente, señaló:

> *"(…)*
>
> *34. En este orden de ideas, la Sala debe definir, si el criterio de interpretación que adoptó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación, bajo el régimen general de la citada Ley 33 de 1985, aplica de igual manera para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes prevista en la Ley 91 de 1989.*
>
> *(…)".*

Luego, indicó:

> *"(…)*
>
> *62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:*
>
> - ***En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan***

> ***efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.***
>
> *(…)".*

Por último, concluyó:

> *"(…)*
>
> *72. De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:*
>
> *a.* ***En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.***
>
> *b.* ***Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.***

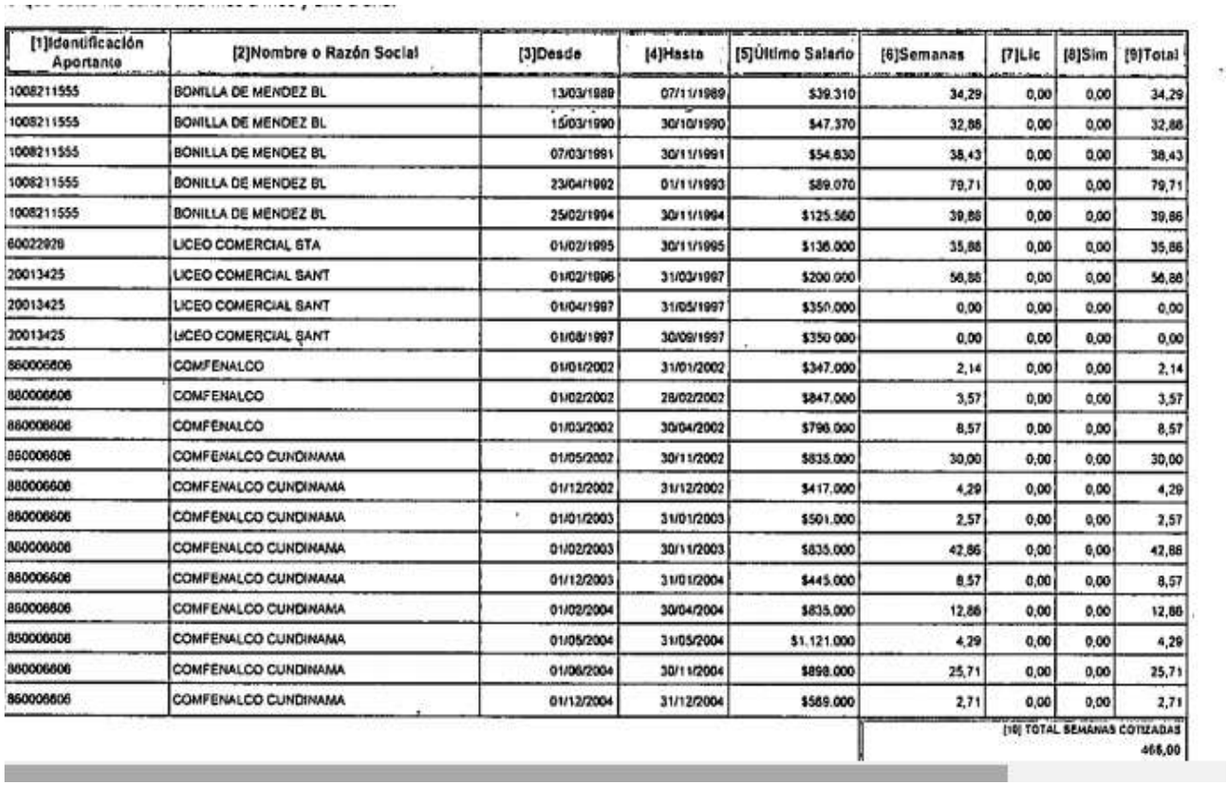
5.4. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa el señor Emiro Arriaga Carabalí pretende que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión de jubilación equivalente al 75% de los salarios y las primas percibidas con anterioridad al cumplimiento del status jurídico de pensionado, al acreditar 55 años de edad y 20 años de servicio.

Ahora bien, en aras de determinar la existencia preliminar del derecho, es importante revisar si a la entrada en vigencia la Ley 812 de 2003, el actor se encontraba vinculado al servicio público oficial.

Del certificado de Historia Laboral expedido por la Secretaría de Educación del Meta se advierte que mediante la Resolución No. 14 del 15 de mayo de 1983, el señor Arriaga Carabalí fue nombrado como docente nacional en el plantel Educativo "SEDE PRINCIPAL LA PALESTINA (Internado)", **hasta el 25 de marzo de 1989**, en provisionalidad.

A su vez, se evidencia del resumen de semanas cotizadas por empleador Expedido por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones que a favor del demandante se efectuaron los siguientes aportes:



[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1008211555	BONILLA DE MENDEZ BL	13/03/1989	07/11/1989	$39.310	34,29	0,00	0,00	34,29
1008211555	BONILLA DE MENDEZ BL	15/03/1990	30/10/1990	$47.370	32,86	0,00	0,00	32,86
1008211555	BONILLA DE MENDEZ BL	07/03/1991	30/11/1991	$54.830	38,43	0,00	0,00	38,43
1008211555	BONILLA DE MENDEZ BL	23/04/1992	01/11/1993	$89.070	79,71	0,00	0,00	79,71
1008211555	BONILLA DE MENDEZ BL	25/02/1994	30/11/1994	$125.560	39,86	0,00	0,00	39,86
60022929	LICEO COMERCIAL STA	01/02/1995	30/11/1995	$136.000	35,86	0,00	0,00	35,86
20013425	LICEO COMERCIAL SANT	01/02/1996	31/03/1997	$200.000	56,86	0,00	0,00	56,86
20013425	LICEO COMERCIAL SANT	01/04/1997	31/05/1997	$350.000	0,00	0,00	0,00	0,00
20013425	LICEO COMERCIAL SANT	01/08/1997	30/09/1997	$350.000	0,00	0,00	0,00	0,00
860006606	COMFENALCO	01/01/2002	31/01/2002	$347.000	2,14	0,00	0,00	2,14
860006606	COMFENALCO	01/02/2002	28/02/2002	$847.000	3,57	0,00	0,00	3,57
860006606	COMFENALCO	01/03/2002	30/04/2002	$798.000	8,57	0,00	0,00	8,57
860006606	COMFENALCO CUNDINAMA	01/05/2002	30/11/2002	$835.000	30,00	0,00	0,00	30,00
860006606	COMFENALCO CUNDINAMA	01/12/2002	31/12/2002	$417.000	4,29	0,00	0,00	4,29
860006606	COMFENALCO CUNDINAMA	01/01/2003	31/01/2003	$501.000	2,57	0,00	0,00	2,57
860006606	COMFENALCO CUNDINAMA	01/02/2003	30/11/2003	$835.000	42,86	0,00	0,00	42,86
860006606	COMFENALCO CUNDINAMA	01/12/2003	31/01/2004	$445.000	8,57	0,00	0,00	8,57
860006606	COMFENALCO CUNDINAMA	01/02/2004	30/04/2004	$835.000	12,86	0,00	0,00	12,86
860006606	COMFENALCO CUNDINAMA	01/05/2004	31/05/2004	$1.121.000	4,29	0,00	0,00	4,29
860006606	COMFENALCO CUNDINAMA	01/06/2004	30/11/2004	$898.000	25,71	0,00	0,00	25,71
860006606	COMFENALCO CUNDINAMA	01/12/2004	31/12/2004	$569.000	2,71	0,00	0,00	2,71
							[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS	466,00

De lo anterior se colige que "*BONILLA DE MENDEZ BL*", efectuó cotizaciones desde el 13 de marzo de 1989 al 30 de noviembre de 1994, "LICEO COMERCIAL SANT del 1 de febrero de 1995 al 30 de septiembre de 1997, salvo algunas interrupciones y "COMFENALCO CUNDINAMA" desde el 1 de mayo de 2002 al 31 de diciembre de 2004.

Igualmente, de la Certificación expedida por el Gerente de Gestión Humana de Comfenalco Cundinamarca, se evidencia que el señor Emilio Arriaga

Carabalí prestó sus servicios a dicha entidad del 16 de enero al 15 de diciembre de 2002, del 13 de enero al 16 de enero de 2003 y del 15 de enero al 17 de diciembre de 2004, ocupando el cargo de Formador en el Colegio San Vicente.

Por su parte, del Formato Único para Expedición de Certificado de Historia Laboral expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá se observa que a través de la **Resolución No. 188 del 25 de enero de 2005** el actor fue nombrado como docente territorial, en provisionalidad y, luego, en propiedad, por medio de la Resolución No. 3569 del 12 de septiembre de 2008, encontrándose activo para el 20 de febrero de 2019 (fecha de expedición de la aludida certificación).

En ese sentido, se encuentra acreditado que el actor laboró para el sector público en la Secretaría de Educación del Meta del **15 de mayo de 1983 al 25 de marzo de 1989** y, luego, en la Secretaría de Educación de Bogotá desde el **25 de enero de 2005 hasta el 20 de febrero de 2019** y a entidades del sector privado **desde el 16 de enero de 2002 hasta el 17 de octubre de 2004**, con cotizaciones del **13 de marzo de 1989 al 31 de diciembre de 2004**, salvo algunas interrupciones.

De lo anterior, se colige que a la entrada en vigencia la Ley 812 de 2003, -27 de junio de 2003- el actor se encontraba laborando para la empresa Comfenalco de Cundinamarca y no al servicio educativo oficial, requisito sine quanon para ser beneficiario de las normas anteriores a la misma, esto es las leyes 91 de 1989, 33 y 62 de 1985, pues al efecto señaló "*El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se* ***encuentren vinculados*** *al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley".*

Por consiguiente, al no encontrarse acreditada la condición del demandante de docente del sector oficial para el 27 de junio de 2003, por sustracción de materia no es dable al Despacho a establecer si se encontraba cobijado por la normatividad anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y, en consecuencia, no hay lugar a verificar si cumple o no con los requisitos

contemplados en dichas leyes para el reconocimiento de la pensión de jubilación reclamada en la presente controversia.

Ahora bien, advierte el Despacho que en las pretensiones de la demanda se alude a que se le reconozca al demandante una pensión de jubilación en el 75%, del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, teniendo en cuenta que la entidad demandada le negó dicha solicitud al no encontrarse dentro de las previsiones de la Ley 812 de 2003; sin embargo, la apoderada del actor en el escrito de alegatos de conclusión, manifestó que éste se encuentra cobijado por la Ley 71 de 1988.

Sobre el particular, es importante advertir que el acto demandado en el proceso que nos ocupa no se sustenta en la improcedencia de la aplicación de la Ley 71 de 1988 al actor, sino en que a la fecha de entrada la ley 812 de 2003, éste no se encontraba vinculado al servicio público educativo oficial y por tal razón no le es aplicable el régimen anterior para efectos pensionales, como tampoco fue citada dentro de las normas violadas en la demanda, hecho que, en principio relevaría al Despacho de efectuar el estudio basado en dicha normativa.

Sin embargo, teniendo en cuenta que al tenor de lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A, para restablecer el derecho particular la Jurisdicción Contenciosa Administrativa podrá instituir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformas éstas, el Despacho verificará si el señor Emiro Arriaga Carabalí está dentro de las previsiones del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, que a su vez, permite que sea beneficiario de la Ley 71 de 1988, así:

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 de texto).
>
> *El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Indice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE".*
>
> *(…).".*

Sobre el particular, se advierte que se encuentra demostrado que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, 1° de abril de 1994, el señor Emiro Arriaga Carabali tenía 36 años de edad, pues nació el 19 de mayo de 1957, tal como se acredita en la cédula de ciudadanía allegada al plenario y contaba con menos de 15 años de servicio, pues inició a laborar el **15 de mayo de 1983 al 25 de marzo de 1989** y ostenta cotizaciones de "*BONILLA DE MENDEZ BL*", desde el 13 de marzo de 1989 al 30 de noviembre de 1994, de manera interrumpida, como se evidencia en el pantallazo efectuado precedentemente de "*resumen de semanas cotizadas por empleador*", por lo cual no se encuentra dentro de las previsiones del régimen de transición del artículo 36 de la citada Ley y, en ese sentido, tampoco tiene derecho a que para efectos pensionales se le aplique la ley 71 de 1988.

Ahora bien, es importante advertir que si bien la apoderada de la parte demandante en el concepto de violación, solicita que se dé aplicación al precedente jurisprudencial sentado por el H. Consejo de Estado, respecto al reconocimiento de la pensión gracia, pues según afirma se asemeja al presente caso, en el sentido que en las dos situaciones se debe acreditar la vinculación al sector oficial, sin que la continuidad del servicio sea óbice para tener derecho a la régimen prestacional anterior, lo cierto es que estamos en presencia de situaciones fácticas distintas, por cuanto, efectivamente en la mencionada pensión gracia no se exige una relación

laboral vigente, sino solamente haber ejercido como docente hasta el 31 de diciembre de 1980, mientras que el derecho pensional del señor Emiro Arriaga Carabalí, aquí reclamado, si depende indiscutiblemente de la fecha en la que se vinculó al servicio activo de la educación oficial, en virtud de lo contemplado en la Ley 812 de 2003.

En consideración a lo anteriormente expuesto, se denegarán las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo demandado.

5.5. COSTAS.

No obstante que en el presente caso se niegan a las súplicas de la demanda, no se condenará a la parte vencida en costas, toda vez que no se evidenció que la parte actora en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

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

V. RESUELVE

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

SEGUNDO: Sin costas a cargo de la parte demandante.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ

JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 018 de hoy 2 de julio 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: **b5206433d6b8cb49350016986b0a1130bbfad601393651998e807238562f8079**
Documento generado en 01/07/2021 11:57:03 AM

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

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

Bogotá, D.C., primero (1º) de julio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso:	11-001-33-35-018-**2019**-00**485**-00
Demandante:	**MYRIAM ESPERANZA GUEVARA DE LOBO GUERRERO EN CALIDAD DE CURADORA DEL SEÑOR FERNANDO ALFONSO GUEVARA ACOSTA**
Demandados:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA
Asunto:	SENTENCIA

La señora **MYRIAM ESPERANZA GUEVARA DE LOBO GUERRERO,** identificada con cédula de ciudadanía número 41.729.206, en calidad de curadora del SEÑOR FERNANDO ALFONSO GUEVARA ACOSTA, identificado con cédula de ciudadanía 19.343.723, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES.

1.1.1. Pretende el demandante que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 1047 del 27 de junio de 2019 y 1361 del 28 de agosto de la misma anualidad, por medio de las cuales la Directora General de la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del departamento de Cundinamarca, le negó al actor la sustitución de pensión de la señora Maria Cecilia Acosta De Guevara

1.1.2. Que se declare que el señor Fernando Alfonso Guevara Acosta tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca la sustitución

pensional como hijo inválido dependiente económicamente de la señora María Cecilia Acosta De Guevara.

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

1.1.3. Reconocer y pagar la sustitución pensional al señor Fernando Alfonso Guevara Acosta, a partir del **16 de febrero de 2016**, en cuantía de $689.455,00 m/cte.

1.2. HECHOS.

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

1.2.1. Mediante la Resolución No. 551 del 27 de julio de 1971, el Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca le reconoció la pensión de invalidez a la señora María Cecilia Acosta de Guevara, quien falleció el **9 de julio de 2008**.

1.2.2. El señor Carlos Alfonso Guevara Betancourt, en su condición de cónyuge sobreviviente, solicitó la sustitución pensional para él y para su hijo Fernando Alfonso Guevara Acosta, quien fue declarado en interdicción por discapacidad mental.

1.2.3. A través de la Resolución No. 1380 del 10 de noviembre de 2010, la pensión fue sustituida en el 100%, a favor del señor Carlos Alfonso Guevara Betancourt.

1.2.4. Por medio de la Resolución No. 0688 del 15 de septiembre de 2011, al señor Fernando Alfonso Guevara Acosta, le fue negada la solicitud de sustitución de pensión por no acreditar la invalidez a través del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

1.2.5. El señor Carlos Alfonso Guevara Betancourt, falleció el 15 de febrero de 2016.

1.2.6. La Junta Regional de Calificación de invalidez de Bogotá, el 20 de agosto de 2010, emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral, a favor del señor Fernando Alfonso Guevara Acosta, con un porcentaje del 39,75% y con fecha de estructuración del **16 de febrero de 1977**.

1.2.7. El 25 de octubre de 2018, nuevamente se calificó la PCL con un porcentaje de 51,5% estructurada el **5 de junio de 2013**.

1.2.8. El 1 de marzo de 2018, la señora Myriam Esperanza Guevara de Lobo Guerrero en representación del señor Fernando Alfonso Guevara Acosta, solicitó ante la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca la sustitución pensional a favor del citado señor, como hijo inválido de la señora María Cecilia Acosta de Guevara.

1.2.9. El 31 de mayo de 2019, se radicó ante la Unidad de Pensiones de Cundinamarca, el dictamen de pérdida de capacidad laboral del 25 de octubre de 2018.

1.2.10. Mediante la Resolución No. 1047 del 27 de junio de 2019, la entidad demandada negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, toda vez que la fecha de estructuración de la PCL es posterior al fallecimiento de la causante, lo que demuestra que para la fecha del deceso de la madre tenía plenas capacidades físicas y mentales y, en consecuencia, no derivaba su subsistencia de la pensionada.

1.2.11. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto por medio de la Resolución No. 1361 del 28 de agosto de 2019, confirmando en su integridad dicho acto administrativo.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos la Constitución Política; la Ley 1306 de 2009 y los artículos 38 y 47 de la Ley 100 de 1993, este último modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

Afirmó que el señor Fernando Alfonso Guevara, se encuentra en situación de vulnerabilidad, debido a la condición de retardo mental que padece y, en consecuencia, es beneficiario de la pensión que en vida disfrutaba su madre, tal como lo ha señalado la H. Corte Constitucional en las sentencias de revisión de acciones de tutela, especialmente en la sentencia T-373 de 2015, que se ocupó de citar, según la cual el estudio probatorio no se debe limitar al dictamen de pérdida de capacidad laboral, sino a todos los medios que la demuestren.

Precisó que entre las pruebas que se presentaron en vía administrativa, atinente a la enfermedad que padece el ahora demandante y que lo ha llevado a perder su capacidad laboral, se encuentra la sentencia de interdicción judicial proferida el 21 de abril de 1995, por el Juzgado Quinto (5) de Familia de Bogotá, confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, la cual se fundamentó en la prueba pericial solicitada por el Despacho, en la que consta que *"la salud mental del señor FERNANDO ALFONSO GUEVARA ACOSTA, presenta un cuadro clínico de retardo mental, originado posiblemente en la época perinatal por daño en la corteza cerebral con afección de diversas áreas, entre otras, motora y memoria, con pronóstico malo, retardo que le impide administrar sus bienes y que requiere de tratamiento permanente, supervisión y ayuda constante"*.

Refirió que lo que motivó la interdicción judicial del señor Fernando Alfonso Guevara Acosta, fue la limitación mental que padece desde el nacimiento, que le impide valerse por sí mismo y administrar sus bienes, lo cual determina que nunca tuvo capacidad laboral, entendida como aquella que permite prodigarse su propia subsistencia y la de su familia.

Indicó que la Junta Regional de Calificación dictaminó inicialmente que el señor Fernando Alfonso Guevara perdió su capacidad laboral en el 39% desde el año 1977 y, en un segundo, dictamen señaló que su pérdida de capacidad laboral es del 51%, a partir de 2013, lo que establece la progresividad de la enfermedad.

Aludió que la ponencia que sirvió de base para proferir el dictamen del 25 de octubre de 2018, de la Junta Regional de Calificación de Bogotá, en la cual se tuvo en cuenta la valoración de psicología, se señaló que presenta un deterioro progresivo de las facultades intelectivas *"...desde el comienzo de su vida ha sido deficiente mental, en el presente está aún más incapacitado y en el futuro lo estará más... "*.

Sostuvo que en casos de enfermedad progresiva, la Corte Constitucional precisó que la fecha de la pérdida de capacidad laboral no siempre coincide con la determinada por las Juntas de Calificación, sino que puede ser coincidente con el primer síntoma de la enfermedad o con la fecha hasta la cual la persona implicada pudo laborar.

Manifestó que el señor Fernando Alfonso Guevara Acosta nunca ha podido desempeñar una labor que le permita ser autosuficiente, dada su enfermedad mental, por lo cual necesariamente la fecha de estructuración de la invalidez coincide con el primer síntoma y como este se produjo en los primeros años de su vida, esa debe ser la fecha que se debe tomar.

Adujo que la Junta Regional de Calificación de Invalidez, en el dictamen proferido el 20 de agosto de 2010, tuvo en cuenta la valoración de psiquiatría del 2 de junio de la misma anualidad, cuyo resultado fue descrito así: *"paciente con dificultades cognitivas y adaptativas notorias desde su infancia ..."*, razón por la cual se estableció como fecha de estructuración de la PCL el **16 de febrero de 1977**, fecha en la que el demandante cumplió 14 años de edad, es decir, ya había consolidado el período de infancia y, por tanto, la pérdida de su capacidad laboral, sin embargo, el dictamen proferido por los peritos designados por el Juzgado Quinto de Familia fueron concluyentes en que *"el retardo mental, originado posiblemente en la época perinatal por daño en la corteza cerebral"*.

En ese sentido, afirmó que no cabe duda que el origen de la enfermedad mental del señor Fernando Alfonso surgió en la primera infancia por lo cual la PCL se configuró en ese momento.

Precisó que ante la Unidad de Pensiones de Cundinamarca, fue demostrado el requisito de dependencia económica, con las declaraciones extra proceso de los señores Myriam Esperanza Guevara de Lobo Guerrero, Horacio Alfonso Ruiz Vásquez y María Consuelo Guevara Acosta, a las que la entidad les dio credibilidad.

Refirió que el demandante cumple con los requisitos para acceder a la sustitución pensional, en la medida que perdió su capacidad para laborar en un porcentaje del 51% desde la infancia y demostró la dependencia económica de la causante pensionada.

III. CONTESTACIÓN

El apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **2 de julio de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos, proponiendo las excepciones de:

3.1.1. Estricto cumplimiento de un deber legal: Indicó que la entidad dio estricto cumplimiento a la ley, por cuanto el demandante en calidad de hijo de la señora Maria Cecilia Acosta De Guevara, presentó dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca con un porcentaje de calificación del 51.50%, con fecha de estructuración del 5 de junio de 2013, es decir, con posterioridad al fallecimiento de la pensionada, esto es, el 9 de julio de 2008.

Aludió que conforme a prueba documental que reposa en el expediente, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral el 20 de agosto de 2010, a favor del actor, con un porcentaje del 39,75% y con fecha de estructuración del 16 de febrero de 1977, lo cual demuestra que para la fecha del deceso de su madre, era una persona con capacidad laboral y, por consiguiente, no derivaba su subsistencia de la pensionada, razón por la cual no hay lugar a la

sustitución de la pensión solicitada, toda vez que no reúne los requisitos contenidos en Ley 100 de 1993.

Sostuvo que el Decreto 1507 del 12 agosto de 2014 *"Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional"*, en su artículo 3 define la fecha de estructuración, determinando que esta se presenta cuando una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, la cual se establece con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos y para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional.

3.1.2. Inexistencia de la obligación: Manifestó que el actor no reúne los requisitos de los artículo 38 y 47 (literal C) de Ley 100 de 1993, para acceder al reconocimiento de la sustitución de la pensión de la señora Maria Cecilia Acosta De Guevara, ya que se reitera, para la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral establecida en el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, se evidencia que al momento del fallecimiento de la pensionada, no le asistía el derecho deprecado.

3.1.3. Prescripción trienal de las mesadas pensionales: Solicitó que se declare probado dicho fenómeno jurídico, en el caso de proferirse condena en contra de la entidad demandada.

3.1.4. Imposibilidad de condena en costas: Señaló que no hay lugar a que se condene en costas a la entidad demandada, puesto que se debe presumir la buena fe por parte de esta, toda vez que actuó de acuerdo con las normas legales existentes y la jurisprudencia establecida para el asunto en concreto.

3.1.5. Genérica o innominada: Deprecó que se declare probada de oficio cualquier excepción que se logre probar durante el desarrollo del presente proceso.

Por su parte, la apoderada de la parte actora, mediante escrito allegado a través de correo electrónico el **27 de enero de 2021**, se opuso a la prosperidad de las excepciones propuestas por la entidad demandada.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte Demandante

La apoderada de la demandante, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **4 de junio de 2021**, solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en el concepto de violación del libelo, respecto a: **i)** la prueba pericial que se hizo alusión en la sentencia proferida por el Juzgado 5º de Familia de Bogotá, en la cual se decretó la interdicción judicial del demandante, con origen posiblemente en la época perinatal, que le impide administrar sus bienes y que requiere de tratamiento permanente, supervisión y ayuda constante; **ii)** que el actor no tuvo capacidad laboral; **iii)** que el dictamen de capacidad laboral proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del 20 de agosto de 2010, determinó la PCL en un 39% y con fecha de estructuración del 16 de febrero de 1977, mientras que el dictamen proferido el 25 de octubre de 2018, concluyó el 51%, con fecha de estructuración del 5 de junio de 2013, **iv)** que antes del año 2013, no tenía capacidad laboral que le permitiera su propia subsistencia en condiciones dignas, dada la enfermedad mental que padece y **v)** ante la entidad demandada se aportaron las declaraciones de testigos, las cuales no fueron rebatidas.

Igualmente, señaló que según la sentencia T-213 de 2019, proferida por la H. Corte Constitucional, cuando se niega la sustitución pensional a favor de hijos en situación de invalidez, con base en que la estructuración fue posterior al deceso del causante, el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, prima facie, es el documento idóneo para valorar si esta ocurrió con anterioridad o posterioridad al fallecimiento del titular de la prestación; sin embargo, se presentan ocasiones en las cuales no se refleja cabalmente su surgimiento, por ejemplo, frente a enfermedades crónicas, degenerativas o **congénitas**, donde los síntomas cobran mayor intensidad hasta llegar al punto de imposibilitar a la persona para ejercer sus deberes

laborales y, en consecuencia, también se debe valorar la historia clínica y los **conceptos médicos que obren en el proceso**, a efectos de determinar las primeras manifestaciones del padecimiento que imposibilitaron a quien solicita la sustitución pensional, llevar una vida con plena potencialidad de sus capacidades.

4.2. Entidad demandada

El apoderado de la entidad demandada, a través de memorial allegado vía correo electrónico el **21 de mayo de 2021**[1], solicitó que se nieguen las pretensiones deprecadas, con fundamento en lo expuesto en la contestación de la demanda, toda vez que, a través de los actos administrativos demandados se dio estricto cumplimiento a la ley; amén, que para reconocer una sustitución pensional se debe tener en cuenta la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, la cual debe ser anterior o concomitante con la fecha de la muerte del causante, tal como lo señaló la H. Corte Constitucional en la Sentencia T-585 de 2014, la cual transcribió y del dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, se evidencia que el actor fue calificado con un porcentaje del 51.50%, con fecha de estructuración del 5 de junio de 2013, esto es, con posterioridad al fallecimiento de la pensionada, cuyo deceso fue el 9 de Julio de 2008.

4.3. Ministerio Público.

Se advierte que el señor Agente del Ministerio público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

En cuanto a la excepción de **estricto cumplimiento de un deber legal e inexistencia de la obligación** este Despacho considera que los argumentos expuestos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda,

[1] Se tiene en cuenta el día siguiente dado que fue enviado el "jueves, 20 de mayo de 2021 **5:30 p.**" – *negrita del Despacho).*

sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

Frente a la **imposibilidad de condena en costas,** cabe advertir que no constituye un medio exceptivo, sino que es un aspecto inherente al ejercicio de la acción.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se precisa que será resuelta en acápite posterior de la presente providencia.

De otro lado, respecto a la excepción **genérica o innominada**, se advierte que no se encuentran medios exceptivos que deban ser declarados de oficio al momento de proferir el presente fallo.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.2.1. Sentencia proferida el 21 de abril de 1992, por el Juzgado Quinto (5º) de Familia de Bogotá, por medio de la cual se declaró en interdicción judicial al señor Fernando Alfonso Guevara Acosta, quien no tiene la libre disposición ni administración de sus bienes y, en consecuencia, se designó como Curadoras a sus hermanas, esto es, las señoras Martha Cecilia Guevara de González, **Myriam Esperanza Guevara de Lobo Guerrero** y María Consuelo Guevara Acosta.

5.2.2. Fallo proferido el 29 de septiembre de 1995, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través de la cual, en sede de revisión, se confirmó la sentencia referida anteriormente, adicionando el numeral 6º, frente a la publicación de la decisión adoptada.

5.2.3. Dictamen No. 31281 del 20 de agosto de 2010, por medio del cual la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca, calificó la pérdida de capacidad laboral y determinó el grado de invalidez

del señor Fernando Alonso Guevara Acosta, con un total de **39,75%** con fecha de estructuración del **16 de febrero de 1977.**

5.2.4. Dictamen No. 106905 del 25 de octubre de 2018, a través del cual la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca, calificó la pérdida de capacidad laboral y determinó el grado de invalidez del señor Fernando Alonso Guevara Acosta, con un **51,50%**, con fecha de estructuración del **5 de junio de 2013.**

5.2.5. Formato de pensión de sobrevivientes para hijo o hermano invalido, de la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, diligenciado por la señora Myriam Esperanza Guevara de Lobo Guerrero, radicado el **1 de marzo de 2018**, con el objeto de que le reconocieran la sustitución pensional al señor Fernando Alfonso Guevara Acosta, la cual era percibida por la señora María Cecilia Acosta de Guevara.

5.2.6. Escrito del 31 de mayo de 2019, por medio del cual la señora Myriam Esperanza Guevara de Lobo Guerrero, actuando como curadora del señor Fernando Alfonso Guevara Acosta, le solicitó a la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de aquél.

5.2.7. Resolución No. 1047 del 27 de junio de 2019, por medio de la cual el Director General de la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca le negó al señor Fernando Alfonso Guevara Acosta el reconocimiento de la sustitución del derecho prestacional de la pensión de jubilación, en calidad de hijo inválido de la señora María Cecilia Acosta de Guevara, toda vez que si bien en el dictamen de la pérdida de capacidad laboral del peticionario se determinó que tenía un 51%50, lo cierto es que la fecha de su estructuración data del **5 de junio de 2013**, fecha posterior al fallecimiento de la pensional.

5.2.8. Recurso de reposición promovido por la parte actora el 17 de julio de 2019, en contra de la resolución anterior.

5.2.9. Resolución No. 1361 del 28 de agosto de 2019, mediante la cual el Director General de la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del

Departamento de Cundinamarca resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo señalado precedentemente confirmándolo en su integridad.

5.2.10. Expediente administrativo objeto del presente asunto, contentivo de:

i) Peticiones orientadas al reconocimiento de la sustitución pensional que en vida disfrutaba la señora María Cecilia Acosta de Guevara y los actos administrativos demandados.

ii) Cédula de ciudadanía del señor Fernando Alfonso Guevara Acosta.

iii) Registros Civiles de nacimiento y defunción de la señora María Cecilia Acosta, en el que consta que su deceso ocurrió el **9 de julio de 2008.**

iv) Registro Civil de Defunción del señor Carlos Alfonso Guevara Betancourt, en el que se evidencia que falleció el **15 de febrero de 2016.**

v) Registro Civil de Nacimiento del señor Fernando Alfonso Guevara Acosta, en el que se encuentra acreditado que sus padres fueron los señores María Cecilia Acosta y Carlos Alfonso Guevara Betancourt (q. e. p. d.).

vi) Declaraciones extrajuicio rendidas por los señores Williams Fernando Rojas Reina, Horacio Alfonso Ruiz Vasquez, María Consuelo Guevara Acosta y Myriam Esperanza de Lobo Guerrero, ante el Notario Sesenta y Tres (63) del Círculo de Bogotá, quienes bajo la gravedad de juramento manifestaron que el señor Fernando Alfonso Guevara Acosta dependía económicamente de su madre mientras ella vivió.

vii) Sentencias de primera y segunda instancia proferidas dentro del proceso de interdicción del señor Fernando Alfonso Guevara Acosta.

viii) Escritura Pública No. 2989 del 4 de diciembre de 1996, a través de la cual se protocolizó las mencionadas providencias ante el Notario Dieciséis (16) del Círculo de Bogotá.

ix) Dictámenes de pérdida de capacidad laboral del señor Fernando Alfonso Guevara Acosta.

x) Informe de la Psicóloga Ruth Aguilar Quijano de la Universidad Javeriana, realizado al señor Fernando Alfonso Guevara Acosta.

xi) Resolución No. 1380 del 10 de noviembre de 2010, por medio de la cual la Directora de Pensiones (C) de la Secretaría de Hacienda del Departamento de Cundinamarca, reconoció y ordenó pagar el derecho prestacional de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia al señor Carlos Alfonso Guevara Betancourt, en calidad de cónyuge supérstite de la señora María Cecilia Acosta de Guevara.

xii) Resolución No. 0688 del 15 de septiembre de 2011, a través de la cual la Directora de Pensiones (C) de la Secretaría de Hacienda del Departamento de Cundinamarca, negó el derecho prestacional de la pensión de sobrevivientes pretendida por el señor Fernando Alfonso Guevara Acosta, en calidad de hijo invalido de la causante, al sostener que ante la entidad no se había radicado el dictamen de invalidez, donde se establezca que es una persona con un 50% o más de disminución de la capacidad laboral, que lo haga beneficiario de la mesada pensional, en calidad de hijo, tal como lo contempla la ley.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en el auto del **18 de marzo de 2021,** el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si el señor Fernando Alfonso Guevara Acosta tiene o no derecho a que la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, le reconozca y pague la sustitución de la pensión, como consecuencia del fallecimiento de la señora María Cecilia Acosta de Guevara (q. e. p. d.), en su condición de hijo inválido.

5.4. NORMATIVIDAD APLICABLE FRENTE AL CASO CONCRETO.

5.4.1. La naturaleza y finalidad de la sustitución pensional.

Tanto en sede contenciosa como en tutela, se ha definido la naturaleza y finalidad de la sustitución pensional y la pensión de sobrevivientes *"como dos modalidades del derecho a la pensión que es una expresión del derecho*

a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, y como una prestación que se genera en favor de aquellas personas que dependían económicamente de otra que fallece, con el fin de impedir que deban soportar las cargas materiales y espirituales causadas por esta pérdida.[2]

En este sentido, los principios de justicia retributiva y de equidad, son los que justifican que las personas **que hacían parte del núcleo familiar del trabajador,** tengan derecho a acceder a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y de orfandad, gozando *post mortem* del estatus laboral de este[3] (Negrilla fuera del texto original).

A partir de estas consideraciones, en torno a la **sustitución pensional** y pensión de sobrevivientes, la Corte Constitucional ha identificado en sus pronunciamientos tres principios cardinales que la fundamentan, así:[4]

> *"(i)* ***principio de estabilidad económica y social*** *para los allegados del causante, de acuerdo con el cual "la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria"; (ii)* ***principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados,*** *en cuanto la prestación en comento se otorga en favor de ciertas personas que sostuvieron una relación afectiva, personal y de apoyo con el asegurado y; (iii)* ***principio de universalidad del servicio público de seguridad social,*** *"toda vez que con la pensión de sobrevivientes se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante."* (Negrillas fuera del texto original)

5.4.2. De los requisitos para ser beneficiario de la sustitución pensional.

A partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, se consagró diferentes prestaciones económicas, con el objeto proteger las

---

[2] Ver entre otras: Sentencia T-190 de 1993; T-553 de 1994; C-389 de 1996; C-002 de 1999; T-049 de 2002; C-1094 de 2003; T-326 de 2007; C-336 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
[3] Ver: Sentencias T-190 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-110 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[4] Sentencia T-110 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

contingencias de los afiliados a dicho sistema, como la viudez, la invalidez, la muerte y la vejez, entre los que se encuentran, los derechos pensionales.

Ahora bien, la H. Corte Constitucional en sentencia del 21 de mayo de 2019[5], señaló que, en virtud del numeral primero del artículo 46 de la referida Ley 100 de 1993, **se desarrolla la sustitución pensional**, cuya finalidad se asimila a la de la pensión de sobrevivientes, con excepción que, en esta última no se ha consolidado el derecho pensional en favor del afiliado, en la medida que en la primera, **para su configuración ya debe estar causada la prestación de vejez o invalidez que se pretende sustituir**, mientras que para solicitar la segunda, es preciso demostrar que se cumplen los requisitos que dicha ley, para poder otorgar la prestación a los causantes de la persona que estaba próxima a obtener su pensión.

Respecto a los requisitos de la pensión de sobrevivientes, el mencionado artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, indicó:

> *"**ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*
>
> *1. **Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca** y,*
>
> *2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:*
>
> *a) <Literal INEXEQUIBLE>*
>
> *b) <Literal INEXEQUIBLE>*
>
> ***PARÁGRAFO 1o.** Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.*

[5] Sentencia T-213 de 2019, Magistrado ponente: Dr. José Fernando Reyes Cuartas, expediente T-7.144.455, acción de tutela instaurada por el señor Javier Eduyer Caballero Cervantes, contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-.

> *El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.*
>
> *PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>"* (negrita y subrayado del Despacho).

Por su parte, el artículo 47 *ejusdem*, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, estableció quienes podrían ser los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, así:

> *"**ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES***
>
> *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *(…)*
>
> *c) <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes……. y, **los hijos inválidos si dependían económicamente del causante**, ….. **mientras subsistan las condiciones de invalidez**. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;*
>
> *(…)*
>
> ***PARÁGRAFO.** Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil"* (negrilla y subrayado fuera del texto original).

De otro lado, frente a los criterios para identificar el estado de invalidez, el artículo 38 *ibídem*, contempló:

> *"**ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ**. Para los efectos del presente capítulo **se considera inválida** la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, **hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral**"*. (resaltado ajeno al texto).

Ahora bien, el Decreto No. 692 de 1995, adoptó el Manual Único para la Calificación de la Invalidez, norma que fue derogada por el Decreto No. 917 de 1999, el cual en el artículo 3º, indicó:

> *"**Artículo 3°.** Fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez".*

Posteriormente, el Decreto 1507 de 2014, por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de Invalidez, derogó el Decreto 692 de 1995 y en el artículo 3°, respecto a la fecha de estructuración de la invalidez, señaló:

> *"**ARTÍCULO 3°. Definiciones.** Para efectos de la aplicación del presente decreto, se adoptan las siguientes definiciones:*
>
> *(…)*
>
> ***Fecha de estructuración:** Se entiende como la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. **Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional.***
>
> *Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral".*

De la normatividad en cita, se concluye que los hijos en situación de invalidez, para ser beneficiarios de la sustitución pensional deben cumplir tres (3) requisitos, a saber: **i)** filiación; **ii)** condición de invalidez igual o superior al 50%, y **iii)** dependencia económica con el pensional de quien deviene el derecho reclamado.

Respecto a la fecha de estructuración que debe contener el dictamen de pérdida de capacidad laboral, la cual corresponde al momento en que se diagnosticó la enfermedad u ocurrió el accidente, el H. Consejo de Estado, en sentencia del 21 de junio de 2018, con Ponencia del doctor William

Hernández Gómez[6], precisó que si bien, el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, consagró que se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral, lo cierto es que, *"en tratándose de la prueba de la pérdida de capacidad laboral ha señalado la Corte Constitucional[15] que las normas del régimen general deben ser analizadas en concordancia con el principio de libertad probatoria, que deriva del debido proceso. En efecto, aunque los artículos que regulan el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de un hijo o familiar en situación de discapacidad, señalan que es «inválido» quien presenta una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y tal circunstancia se prueba mediante un dictamen expedido por las autoridades ya mencionadas, esto no obsta para que se admita la presentación de otros medios que sean igualmente conducentes que sea útil para la formación del convencimiento del juez, para demostrar la pérdida de capacidad laboral del beneficiario"*.

Posteriormente, en la sentencia T-213 de 2019, la H. Corte Constitucional, reiterando jurisprudencia sobre la materia, señaló que no se desconoce que el dictamen de pérdida de capacidad laboral puede establecer el momento en que se configura el estado de invalidez; sin embargo, dicha fecha puede ser determinada por otros medios probatorios, que den certeza sobre la su existencia. Al respecto, manifestó:

> *"…* ***tratándose de sustituciones pensionales a favor de hijos en situación de invalidez cuando esta es negada con base en que la estructuración de la invalidez fue posterior al deceso del causante****, el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, prima facie, es el documento idóneo para valorar si esta ocurrió con anterioridad o posterioridad al fallecimiento del titular de la prestación.* ***Sin embargo, hay ocasiones en las cuales no refleja cabalmente su surgimiento, por ejemplo, frente a enfermedades*** *crónicas, degenerativas o* ***congénitas, pues en estas es frecuente encontrar episodios de crisis que suelen aparecer de forma usual, o presentar una evolución progresiva, es decir, que los síntomas cobran mayor intensidad hasta llegar al punto de imposibilitar a la persona para ejercer sus deberes laborales, por lo cual también se debe valorar la historia clínica y los conceptos médicos que obren en el proceso, a efectos de***

[6] CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A", expediente No. 05001-23-33-000-2014-00622-01(4160-16).

> ***determinar las primeras manifestaciones del padecimiento que imposibilitaron a quien solicita la sustitución pensional a llevar una vida con plena potencialidad de sus capacidades***.
>
> *En estos casos, la Corte estudió el cumplimiento de los requisitos para la sustitución pensional de cara a la información obrante en el expediente, y en los supuestos en los que fueran satisfechos, concedió la protección definitiva a los derechos fundamentales ordenándole a la entidad responsable reconocer y pagar las mesadas pensionales"* (resaltado fuera del texto original).

Igualmente, en el referido fallo dicha Corporación Judicial, frente a la estructuración de la invalidez, señaló que no siempre coincide con la fecha incorporada en el dictamen, donde se estableció que esta supera el 50% de la pérdida de la capacidad laboral, al sostener:

> *"(…) Por otro lado, la Corporación expresó que la esquizofrenia paranoide es "de origen genético, de etiología bio-sico-social" y que en el agenciado las manifestaciones de dicho padecimiento empezaron desde sus años de infancia, situación que pasó desapercibida por la institución que valoró la invalidez. En consecuencia, le ordenó a la accionada reconocer y pagar la sustitución pensional a la que tenía derecho como hijo en situación de invalidez del causante.*
>
> *Posteriormente, a través de la decisión **T-350 de 2015**, la Corte conoció el caso de una persona que fue calificada con una pérdida de la capacidad laboral del 55.85% con fecha de estructuración el 31 de mayo de 2005; sin embargo, tras ser nuevamente valorado por orden de un juez constitucional, la entidad ratificó el porcentaje, pero modificó la fecha de estructuración de la invalidez por el 16 de marzo de 2006. La accionada no accedió a la solicitud de sustitución pensional efectuada por el actor como hijo en situación de invalidez del causante, al argumentar que la invalidez surgió con posterioridad al fallecimiento del causante -7 de diciembre de 2004- . El actor interpuso acción de tutela, la cual fue declarada improcedente por los jueces de instancia.*
>
> ***La Corte, en sede de revisión, reiteró los tres requisitos atrás señalados y mencionó que hay ocasiones en las cuales la fecha de estructuración de la invalidez no concuerda con la determinada en los dictámenes de pérdida de la capacidad laboral, especialmente cuando la persona padece de una enfermedad** crónica, degenerativa o **congénita, situación en la cual se debe analizar la totalidad de la historia clínica y conceptos médicos allegados al proceso.** Al respecto, la sentencia en cita expresó:*
>
> *"42. **Esta Corporación ha reconocido que a veces, la fecha de estructuración de la invalidez, no coincide con la fecha señalada en el dictamen. Esto, sucede generalmente, cuando***

***una persona padece de enfermedades** crónicas, degenerativas o **congénitas**. (…)*

*44. Bajo esta óptica, resulta válido afirmar que las Juntas de Calificación de Invalidez no pueden desconocer las circunstancias propias de determinadas enfermedades, como es el caso de aquellas de naturaleza crónica, degenerativa o congénita**, las cuales no permiten a las personas que las padecen, ejercer ciertas actividades por algún tiempo o de manera indefinida en razón al carácter progresivo de dichas afecciones.***

*45. Este Tribunal también ha señalado que **el dictamen de calificación de invalidez debe incluir la evaluación médica exhaustiva de la totalidad de los elementos relevantes para cada caso en concreto**." (Negrillas por fuera del texto original)*

Al abordar el estudio del caso concreto la Corte estableció que el dictamen proferido por la Junta de Calificación omitió valorar aspectos propios de la enfermedad del accionante, en tanto era de naturaleza congénita, por lo cual, había desconocido las pautas señaladas sobre la materia por la jurisprudencia constitucional. Por otro lado, al analizar los soportes médicos aportados al proceso de tutela se encontró un concepto rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el cual se registró como fecha de estructuración de la invalidez el 18 de noviembre de 1998, documento que acreditaba que el padecimiento del actor era anterior a la muerte del causante, por consiguiente, la Corporación dio por cumplido ese requisito y le ordenó a la accionada reconocer la sustitución pensional.

(…)".

5.5. CASO CONCRETO.

De la lectura de la Resolución No. 1047 del 27 de junio de 2019, se evidencia que, por medio de la **Resolución No. 551 del de julio de 1971,** el Gerente del Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca le reconoció la pensión de invalidez a la señora María Cecilia Acosta de Guevara, pensional que falleció el **9 de julio de 2008**, tal como se acredita en el Registro Civil de Defunción que se aportó al expediente, lo que conllevó a que, a través de la **Resolución No. 1380 del 10 de noviembre de 2010,** la Directora de Pensiones (C) de la Secretaría de Hacienda del Departamento de Cundinamarca, le reconociera y ordenara pagar el derecho prestacional de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia al señor Carlos Alfonso Guevara Betancourt, en calidad de cónyuge supérstite, quien **falleció el 15 de febrero de 2016**, como se acredita con el Registro Civil de Defunción obrante en el plenario.

Ahora bien, a través de la Sentencia proferida el **21 de abril de 1992,** por el Juzgado Quinto (5º) de Familia de Bogotá, se declaró en **interdicción judicial al señor Fernando Alfonso Guevara Acosta,** quien no tiene la libre disposición ni administración de sus bienes y, en consecuencia, se designó como Curadoras a sus hermanas, esto es, las señoras Martha Cecilia Guevara de González, **Myriam Esperanza Guevara de Lobo Guerrero** y María Consuelo Guevara Acosta, decisión que fue confirmada en sede de revisión, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo del 29 de septiembre de 1995, los cuales fueron protocolizados ante el Notario Dieciséis (16) del Círculo de Bogotá, en la Escritura Pública No. 2989 del 4 de diciembre de 1996.

Por su parte, mediante la Resolución **No. 0688 del 15 de septiembre de 2011,** la Directora de Pensiones (C) de la Secretaría de Hacienda del Departamento de Cundinamarca, negó el derecho prestacional de la pensión de sobrevivientes pretendida por el señor Fernando Alfonso Guevara Acosta, en calidad de hijo invalido de la causante, al sostener que ante la entidad no se había radicado el dictamen de invalidez, donde se estableciera que es una persona con un 50% o más de disminución de la capacidad laboral, que lo haga beneficiario de la mesada pensional, en calidad de hijo, tal como lo contempla la ley.

En virtud de lo anterior, la señora Myriam Esperanza Guevara de Lobo Guerrero, en calidad de curadora del señor Fernando Alfonso Guevara Acosta, el **1 de marzo de 2018**, le solicitó a la entidad demandada el reconocimiento de la sustitución pensional, la cual era percibida por la señora María Cecilia Acosta de Guevara, petición que fue negada por el Director General de la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, mediante la **Resolución No. 1047 del 27 de junio de 2019**, al sostener que si bien en el dictamen de la pérdida de capacidad laboral del peticionario se determinó que tenía un 51%50, lo cierto es que la fecha de su estructuración data del **5 de junio de 2013**, fecha posterior al fallecimiento de la pensional.

Posteriormente, a través de la **Resolución No. 1361 del 28 de agosto de 2019**, la entidad demandada resolvió el recurso de reposición interpuesto por la parte actora el 17 de junio de 2019, contra el acto administrativo señalado precedentemente, confirmándolo en su integridad.

En ese sentido, advierte el Despacho que, en el *sub examine* no está en discusión la calidad de hijo del señor Fernando Alfonso Guevara Acosta, frente a la pensional de quien deviene el derecho reclamado, pues dicho aspecto se acreditó ante la entidad demandada y al Despacho, dado que, según el Registro Civil de Nacimiento obrante en el expediente, se evidencia que sus padres fueron los señores María Cecilia Acosta y Carlos Alfonso Guevara Betancourt (q. e. p. d.), tal como lo establece el artículo 13 del Decreto 1889 de 1994[7].

Tampoco se desvirtúa la dependencia económica que el señor Guevara Acosta tenía con la causante, ya que en la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (5º) de Familia de Bogotá, se dejó constancia de la recepción de los testimonios de los señores María Cecilia Acosta y Carlos Alfonso Guevara Betancourt (q. e. p. d.), en el sentido que *"… siempre ha vivido con ellos que además le han proporcionado todo lo necesario…"* y según las declaraciones extrajuicio rendidas bajo la gravedad de juramento por los señores Williams Fernando Rojas Reina, Horacio Alfonso Ruiz Vasquez, María Consuelo Guevara Acosta y Myriam Esperanza de Lobo Guerrero[8], ante el Notario Sesenta y Tres (63) del Círculo de Bogotá, se extrae que: **i)** el actor dependió económicamente de su madre mientras ella vivió, quien lo mantuvo afiliado a una EPS como independiente y le pagaba sus aportes de salud y de medicina prepagada y **ii)** que al morir su progenitora la pensión de Cundinamarca fue otorgada en su integridad a su padre por desconocimiento de su familia, respecto al derecho que le asistía, como hijo dependiente e interdicto, de recibir sustitución del 50%

---

[7] "*ARTICULO 13. PRUEBA DEL ESTADO CIVIL Y PARENTESCO.<Artículo compilado en el artículo 2.2.8.2.5 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> El estado civil y parentesco del beneficiario de la pensión de sobrevivientes, se probará con el certificado de registro civil.*
PARAGRAFO. Para las personas nacidas con anterioridad al 15 de junio de 1938 su estado civil se acredita conforme al Decreto 1160 de 1970".

[8] Se tienen en cuenta como pruebas documentales, al no estar sujetas a la ratificación de que trata el artículo 222 del C.G.P.

y **iii)** para ese momento el actor dependía económicamente de dicha prestación.

Ahora bien, respecto a la situación de invalidez del señor Fernando Alonso Guevara Acosta y la fecha de estructuración, se encuentra demostrado que en la sentencia proferida el 21 de abril de 1992, por el Juzgado Quinto (5º) de Familia de Bogotá, se hizo énfasis en la certificación médica expedida por el doctor Jaime Amortegui Ordoñez, médico Cirujano de la Universidad Nacional, en la cual constaba que el ahora demandante presentó *"**desde la infancia afecciones cerebrales que se pueden asimilar a una afasia motora la cual después de varios tratamientos médicos dejó como secuela un retardo mental**"* -negrita del Despacho-.

Así mismo, se refirió que «***se ordenó la práctica del examen médico al presunto interdicto**... en el cual se determina lo siguiente: "... Se le descubre una alteración mental, con trastornos afectivos y emocionales epifenómenos... que **se trata de una esquizofrenia de primer orden y que no le permite efectuar la más sencilla actividad comercial**..."* -resaltado fuera del texto original-.

Por su parte, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el fallo del 29 de septiembre de 1995, señaló que *"En el presente, los expertos, concluyeron respecto a la salud mental del señor FERNANDO ALFONSO GUEVARA ACOSTA, que éste presenta un cuadro clínico de **retardo mental**, **originado posiblemente en la época perinatal** por daño en la corteza cerebral con afección en las diversas áreas, entre otras, motora y memoria, pronostico malo. Retardo que le impide administrar sus bienes y que requiere de tratamiento permanente y supervisión y constantes"* -negrilla ajena al texto-.

Posteriormente, a través del Dictamen No. 31281 del 20 de agosto de 2010, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca, calificó la pérdida de capacidad laboral y determinó el grado de invalidez del señor Fernando Alonso Guevara Acosta, con un total de **39,75%** con fecha de estructuración del **16 de febrero de 1977**, en los siguientes términos:

"(…)

5.2 DIAGNOSTICO MOTIVO DE CALIFICACION

RETRASO MENTAL- NO ESPECIFICADO: OTROS DETERIOROS DEL COMPORTAMIENTO

TRASTORNO DE LA PERSONALIDAD DEPENDIENTE

(…)

7. PORCENTAJE DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL

Calificación:	%		
Deficiencia:	20,00	Estado PCL:	Incapacidad Permanente Parcial
Discapacidad:	3,00	Fecha Estructuracion PCL:	16/02/1977
Minusvalia:	16,75	Requiere Ayuda de Terceros:	No
% Total :	39,75	Manual:	Decreto 917 de 1999

Esta calificación se basa en lo establecido en el decreto 917 de Mayo de 1999

(…)"

Ahora bien, en el numeral 5.3, atinente a los exámenes o diagnostico e interconsultas pertinentes, se plasmó: ***"Paciente con dificultades cognitivas y adaptativas notorias desde su infancia****, muestra déficit cognitivo, pero también emocional con respecto a mecanismos de defensa y adaptación"* –negrita del Despacho-.

Igualmente, reposa el Informe de la Psicóloga Ruth Aguilar Quijano de la Universidad Javeriana del 5 de junio de 2013, realizado al señor Fernando Alfonso Guevara Acosta, quien concluyó que *"Se trata por tanto de una persona en total indefensión mental y psicológica, incapaz de ser productivo, autónomo e independiente; con el agravante de estar anegado por difusos temores y sentimientos de desamor con contenidos de desesperanza, que lo pueden abocar a actos auto-agresivos que requieren de vigilancia y protección por parte de adultos responsables"* .

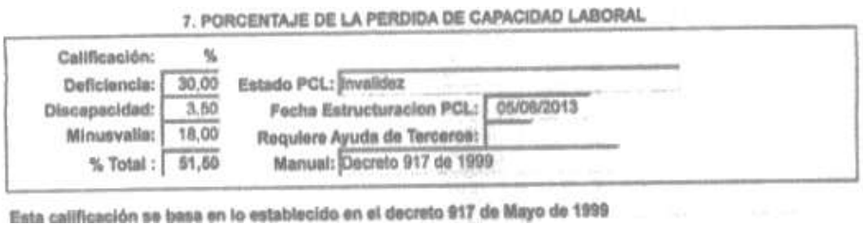
Luego, por medio del Dictamen No. 106905 del 25 de octubre de 2018, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca, nuevamente calificó la pérdida de capacidad laboral y determinó el grado de invalidez del señor Fernando Alonso Guevara Acosta, con un **51,50%**, con fecha de estructuración del **5 de junio de 2013**, así:

"(…)

5.2 DIAGNOSTICO MOTIVO DE CALIFICACION
TRASTORNO DE LA PERSONALIDAD DEPENDIENTE

RETRASO MENTAL MODERADO: DETERIORO DEL COMPORTAMIENTO DE GRADO NO ESPECIFICADO

(…)



7. PORCENTAJE DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL

Calificación:	%		
Deficiencia:	30,00	Estado PCL:	Invalidez
Discapacidad:	3,50	Fecha Estructuracion PCL:	05/06/2013
Minusvalia:	18,00	Requiere Ayuda de Terceros:	
% Total :	51,50	Manual:	Decreto 917 de 1999

Esta calificación se basa en lo establecido en el decreto 917 de Mayo de 1999

(…)"

Así mismo, en la Ponencia realizada por el doctor Jorge Humberto Mejía, miembro Principal de la Sala, se señaló la valoración realizada por la Psicóloga Ruth Aguilar, así: *"Se trata por tanto de un individuo con notorias deficiencias mentales, quien a lo largo de su periplo vital ha venido presentando, dentro de su escasa dotación cognitiva, deterioro mental patológico... De tal manera, el examinado, quien* ***desde el comienzo de su vida ha sido deficiente mental, en el presente aun está más incapacitado y en el futuro lo estará más****, ya que no cuenta con facultades* ***cognitivas*** *para desempeñar un oficio y para sostenerse y poder ser autónomo…"* y en el ítem de análisis y conclusión, se plasmó lo siguiente:

"(…)

Se trata de paciente con historia de retraso mental y trastorno por dependencia al parecer, con deterioro en su función mental, según indica psicólogo tratante en el año 2013. Adicionalmente es interdicto de larga data según decisión judicial Juzgado de familia. Tal cual la nota de psicóloga tratante comparando los resultados del 2008 que sirvieron de soporte en Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca del año 2010 la nueva valoración del 2013 informa de deterioro progresivo según concluye el citado profesional. En consideración a lo anterior, se califica según el Decreto 917 de 1999 mismo con el cual se valoró en el año 2010.

(…)"

Como puede verse, la patología que fue objeto de pronunciamiento en los Dictámenes Nos. 31281 del 20 de agosto de 2010 y 106905 del 25 de octubre de 2018, evolucionó por el trascurso del tiempo, dado que, en los fallos proferidos, en virtud del proceso de interdicción, los profesionales que rindieron su dictamen enfatizaron que posiblemente su origen deviene

de la época perinatal[9], aspecto que fue **afirmado** por los miembros de la Junta Regional de Invalidez de Bogotá, al sostener que las dificultades cognitivas y adaptativas, tuvieron su génesis desde su infancia.

En ese sentido, si bien la fecha de estructuración de la deficiencia mental del señor Fernando Alfonso Guevara Acosta que fue calificada con la pérdida de capacidad laboral del **51,50%**, data del **5 de junio de 2013,** no se puede desconocer que la misma deviene desde los inicios de su vida y aumentará con el trascurso del tiempo, por lo que el Despacho concluye que al confrontar el **Dictamen No. 106905 del 25 de octubre de 2018** (que fue el soporte para que la entidad demandada le negara al demandante, la sustitución pensional deprecada), con las demás pruebas documentales obrantes en el plenario, no se evidencia que este, para efectos de determinar el día de la estructuración, fuera congruente con la fecha a partir de la cual tuvo origen la invalidez del demandante, toda vez que no coincide con los conceptos analizados en los fallos proferidos por el Juzgado Quinto (5) de Familia y la valoración realizada por la Psicóloga Ruth Aguilar, sobre los cuales recayó la decisión adoptada en el citado dictamen.

Igualmente, se advierte que la decisión adoptada el 25 de octubre de 2018, se apartó del Dictamen No. 31281 del 20 de agosto de 2010, que primigeniamente había expedido Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca, en el cual se señaló que la patología del actor se generó desde el **16 de febrero de 1977**.

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional en la sentencia T -213 DE 2019, citada precedentemente, señaló:

> ***"Como se estableció en el recuento jurisprudencial atrás realizado, en ocasiones el solo dictamen de calificación de la pérdida de la capacidad laboral no resulta idóneo para determinar el momento de origen de la invalidez****, por ejemplo, cuando están de por medio enfermedades* ***crónicas, degenerativas o congénitas, entre las cuales la Corte ha***

[9] Si bien la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, no intervino en el proceso de interdicción del actor, lo cierto es que los fallos proferidos fueron aportados por las partes con la demanda y su contestación, razón por la cual, la entidad conocía su contenido, por lo que estaba facultada para ejercer el derecho de contradicción en el trascurso del proceso; sin embargo, dicha documental no fue controvertida en el plenario.

relacionado a las enfermedades mentales *como la esquizofrenia. Por ese motivo deben ser objeto de valoración los demás documentos que obren en el expediente, entre ellos, la historia clínica de la persona o* ***los conceptos que sobre su diagnóstico hayan realizado los profesionales de la salud****.*

Sobre el particular, es preciso señalar que según la Organización Mundial de la Salud no se ha podido identificar un único factor determinante de las causas de la esquizofrenia, sin embargo, se considera que "puede estar provocada por la interacción entre la genética y una serie de factores ambientales" [10]*.*

(…)

Con fundamento en las razones precedentes, para la Sala no existe duda, que pese a que al actor se le determinó como fecha de estructuración de la invalidez el 1º de noviembre de 2006, éste sufría de esquizofrenia con anterioridad a lo señalado por la Junta Regional de Calificación. Así las cosas, a partir de lo atrás discurrido, el accionante se hallaba bajo la dependencia económica de su padre tiempo antes de que este falleciera, precisamente, debido al trastorno mental que aún padece y que le ha imposibilitado llevar a cabo un proyecto de vida con el pleno de sus potencialidades, circunstancia incluso que ha mermado sus oportunidades en el contexto social[11].

Ahora bien, tras considerar lo anterior, valga recordar que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre "la forma como debe realizarse ***la evaluación del momento en que se estructura la invalidez en los casos de enfermedades crónicas, degenerativas o progresivas, en las cuales la fecha de estructuración no siempre coincide con el momento en que la persona pierde la aptitud para trabajar o para continuar laborando. Al respecto, se ha dicho que ese momento puede ser posterior o anterior a la fecha que se señale el dictamen, para lo cual, como elementos de juicio, se pueden tener la historia clínica o los dictámenes técnicos que se hayan realizado***[12]*.*

En el mismo sentido, ha expresado que el no reconocimiento de la prestación pensional por falta de dicho de dictamen o por inconsistencias sobre la fecha de estructuración de la situación incapacitante de la persona "sin tener en cuenta la totalidad del acervo probatorio, tratándose de una persona que presenta una discapacidad mental severa, constituye una exigencia desproporcionada que configura una vulneración de los derechos fundamentales del accionante y un desconocimiento de la obligación de prestar especial

---

[10] https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/schizophrenia (Consultado el 23 de abril de 2019).
[11] Sobre esto, valga referir que para la Organización Mundial de la Salud las personas con esquizofrenia *"corren un mayor riesgo de sufrir violaciones de sus derechos humanos tanto en las instituciones de salud mental como en las comunidades. La enfermedad está muy estigmatizada. Esto genera discriminación, que a su vez puede limitar el acceso a la atención sanitaria general, la educación, la vivienda y el empleo."* https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/schizophrenia
[12] Sentencia T-370 de 2017.

> ***protección a la misma, teniendo en cuenta su condición síquica"***[13]**.**
>
> *Al respecto, recuérdese que según la Organización Mundial para la Salud, la esquizofrenia "es una psicosis, un tipo de enfermedad mental" y aunque refiere que no se ha sido posible identificar un único factor determinante, la misma se asocia a factores genéticos, por lo cual dicho padecimiento haría parte de las patologías congénitas.*
>
> *Al consultar el significado de la palabra "congénito" se obtuvo como respuesta dos acepciones: i) que se engendra juntamente con algo; y* ***ii) connatural, como nacido con uno mismo[14]. De ahí, que el padecimiento en comento acompañe a la persona desde el nacimiento al hacer parte de su configuración genotípica y su desarrollo dependerá de la interacción con una "serie de factores ambientales"****, por lo cual, las consecuencias de dicha patología no son de aquellas que, por decirlo de alguna manera, son producto de un factor externo único e inmediato, como podría caracterizarse el acaecimiento de un accidente laboral, sino que pueden presentarse de forma progresiva, con episodios aislados y con amplios lapsos entre sí o de forma frecuente, circunstancia que dependerá de la situación de cada paciente.*
>
> ***Por lo anterior, se reitera****, "cuando la invalidez proviene de un accidente o una situación de salud que generó la pérdida de capacidad de manera inmediata, la fecha de estructuración coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho"*[15]*,* ***lo que no sucede al analizar la estructuración de la condición incapacitante en enfermedades de tipo congénito, pues en estos casos puede ocurrir que "la fecha en que efectivamente una persona está en incapacidad de trabajar es diferente a la fecha indicada en el dictamen de calificación de la pérdida de capacidad laboral"***[16]»[17]*(Negrita y subrayado propio del Despacho).*

Por su parte, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 21 de noviembre de 2020, Magistrado Ponente Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas[18], precisó:

> ***"Ahora bien, es preciso resaltar que pueden existir circunstancias en las que a pesar de que la fecha de estructuración del dictamen de invalidez es posterior al fallecimiento del pensionado, es dable conceder la pensión de sobreviviente la que sólo se presenta en los casos de enfermedades degenerativas o congénitas que se han padecido desde el nacimiento, por lo que es dable evidenciar***

[13] Sentencia T-230 de 2012.
[14] Diccionario virtual de la Real Academia de la Lengua Española. Búsqueda disponible en el siguiente enlace: https://dle.rae.es/?id=AIReszY
[15] Sentencia T-350 de 2015.
[16] Idem.
[17] https://medlineplus.gov/spanish/schizophrenia.html
[18] Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, expediente número: 73001-23-33-000-2014-00735-01(2059-17), actor: Aurora Guaquetá Barreto, demandado: UGPP y otro

> ***que efectivamente preexistían al momento de la muerte del causante***.
>
> *Sobre el particular, esta corporación ha señalado que deben existir los elementos de juicio suficientes que deben sustentarse a través de la historia médica, imágenes diagnósticas y exámenes clínicos especializados, dentro de los cuales se pueda disentir de la fecha establecida en el dictamen de calificación de invalidez «porque existen inconsistencias que no permiten determinar con certeza la pérdida de capacidad laboral de forma permanente y definitiva del afiliado, pues no corresponde a la situación médica y laboral de la persona"* (negrilla fuera del texto original).

De la jurisprudencia en cita, se concluye que, en el caso de autos, debe accederse a las súplicas de la demanda, pues se encuentra acreditado que el señor Fernando Alfonso Guevara Acosta, para la fecha de fallecimiento de la señora María Cecilia Acosta de Guevara, esto es, **9 de julio de 2008**, se encontraba en imposibilidad de propender por su propia subsistencia, pues estaba catalogado como una persona **invalida** debido a la patología **congénita y progresiva** que padece y si bien en el Dictamen No. 106905 del 25 de octubre de 2018, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca, determinó el grado de invalidez en el **51,50%** de la pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración del **5 de junio de 2013,** lo cierto es que de los demás medios probatorios, está demostrado que su retraso mental deviene desde los inicios de su vida; amén, que en el Dictamen del 20 de agosto de 2010, la aludida junta señaló que el origen de su patología data del **16 de febrero de 1977**.

Por lo anterior, al señor Fernando Alfonso Guevara Acosta le asiste el derecho a la sustitución de la pensión de invalidez que en vida disfrutaba la señora María Cecilia Acosta de Guevara, en un 100 %, a partir del día siguiente a la fecha del fallecimiento de su padre, el señor Carlos Alfonso Guevara Betancourt (15 de febrero de 2016), tal como se depreca en el libelo , toda vez que este disfrutó de la prestación en un 100%, a partir del 10 de julio de 2008, con efectividad desde el 1 de agosto de la misma anualidad, en virtud de lo dispuesto en la Resolución No. 1380 del 10 de noviembre de 2010, acto que no se controvierte en el presente medio de control, toda vez que la demanda se circunscribió a debatir la legalidad de las Resoluciones Nos. 1047 del 27 de junio de 2019 y 1361 del 28 de agosto

de la misma anualidad, que constituyen los actos administrativos que definieron la situación particular y concreta del actor.

5.6. PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS PENSIONALES

Procede el Despacho a estudiar de la excepción de **prescripción** de las mesadas, propuesta por la entidad demandada, teniendo en cuenta que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción de los derechos en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

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

De las pruebas aportadas al proceso se establece que la pensión de invalidez de la que fue beneficiaria la señora María Cecilia Acosta de Guevara, fue sustituida al señor Carlos Alfonso Guevara Betancourt, en calidad de cónyuge supérstite, mediante Resolución No. 1380 del 10 de noviembre de 2010, quien la disfrutó hasta el **mes de febrero de 2016**, toda vez que falleció el **15 de febrero de dicha anualidad** y la señora Myriam Esperanza Guevara de Lobo Guerrero, en calidad de curadora del señor Fernando Alfonso Guevara Acosta, solicitó el **1 de marzo de 2018,** el reconocimiento de la sustitución pensional que en vida disfrutaba la causante, de lo que se concluye que no operó fenómeno prescriptivo alguno.

5.7. COSTAS.

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

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

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

RESUELVE:

PRIMERO. - Declarar la **NULIDAD** de las Resoluciones Nos. 1047 del 27 de junio de 2019 y 1361 del 28 de agosto de la misma anualidad, por medio de las cuales la Directora General de la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del departamento de Cundinamarca, le negó al actor la sustitución de la pensión de invalidez de la señora Maria Cecilia Acosta De Guevara.

SEGUNDO. - **DECLARAR** no probada la excepción de prescripción de las mesadas propuesta por la entidad demandada, de conformidad con las consideraciones realizadas en esta sentencia.

TERCERO. - A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, **RECONOCER y PAGAR** el CIEN POR CIENTO (100%), de la sustitución de la pensión de invalidez de la que era beneficiaria la señora MARIA CECILIA ACOSTA DE GUEVARA (q. e. p. d.), quien en vida se identificaba con cédula de ciudadanía No. 20.006.559, al señor FERNANDO ALFONSO GUEVARA ACOSTA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.343.723, en su calidad de hijo inválido de la causante, a partir del **16 de febrero de 2016**, con los reajustes anuales de ley, quien actúa a través de la señora MYRIAM ESPERANZA GUEVARA DE LOBO GUERRERO, identificada con cédula de ciudadanía número 41.729.206, en calidad de Curadora.

Las anteriores sumas deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE, teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula: R= Rh Índice final/Índice inicial, en la que el

valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por los demandantes por concepto de reliquidación, 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.

CUARTO. - Sin costas a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA.

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 *ibídem.*

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 al actor excepto los ya causados, a petición del mismao

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
Juez

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 018 de hoy 2 de julio 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:

24c4d0c109c39dd091bf01ba0bb0899a8fbfc384b019cba365556298b55e2b6c

Documento generado en 01/07/2021 11:09:39 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

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

Bogotá D.C., primero (1°) de julio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso:	11001-33-35-018-00**2020**-00**153**-00
Demandante:	**JEISSON BLANCO ORDOÑEZ**
Demandados:	MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL Y CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR
Asunto:	SENTENCIA

El señor **JEISSON BLANCO ORDÓÑEZ,** identificado con cédula de ciudadanía No. 80.249.154, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL y de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR, correspondiendo dictar sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

-Pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en el oficio radicado 201921000293161 ID: 502680 del 18 de octubre de 2019, y ficto o presunto mediante los cuales se le niega el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al demandante, al igual que el pago de los tres (03) meses de alta.

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

i) Reconocer y pagar la asignación de retiro en cuantía del (54%) sobre el sueldo básico y las partidas que el actor venía devengando en servicio activo, al igual que el pago de los tres (03) meses de alta, conforme a lo establecido en los artículos 3.1, inciso segundo de la Ley 923 de 2004 y 23 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, en atención a los más de 16 años que permaneció al servicio de la Policía Nacional.

ii) Pagar, por parte de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL el retroactivo correspondiente al lapso comprendido entre el 15 de junio de 2019 y el 30 de junio de 2020, el cual asciende a la suma de VEINTITRÉS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS ($23.445.293,oo) M/CTE.

iii) Pagar, por parte del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL, los tres (03) meses de alta correspondientes al lapso comprendido entre el 15 de marzo 2019 y el 15 de junio de 2019, los cuales ascienden a la suma de OCHO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL SEIS CIENTOS PESOS ($8.281.650,oo) M/CTE.

iv) Dar cabal cumplimiento a la sentencia que ponga fin al presente litigio en los términos establecidos en los incisos 2° y 3° del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

v) Que las cantidades adeudadas devenguen intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente asunto, conforme al artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

1.2. HECHOS

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

1.2.1. Que el señor JEISSON BLANCO ORDOÑEZ, fue incorporado a prestar el servicio Militar obligatorio en la modalidad de Auxiliar de Policía, por el lapso comprendido entre el 12-02-2003 y el 14-02-2004, según resolución No. 0020 del 14-02-2003, condición en la cual permaneció un (01) año y seis (06) meses.

1.2.2. Que una vez culminado el servicio Militar obligatorio, el demandante fue dado de alta como alumno del nivel Ejecutivo, durante el lapso comprendido entre el 06-09-2004 al 07-03-2005, según resolución 000331 del 22-09-2004, con una permanencia de seis (06) meses y un (01) día.

1.2.3. Que el señor JEISSON BLANCO ORDÓÑEZ, fue ascendido al grado de patrullero a través de la Resolución No. 000662 del 08-03-2005, grado que ostentó hasta el 15-03-2019, para un tiempo de catorce (14) años y siete (07) días, de manera que, conforme a la sumatoria de tiempo, el actor permaneció en la Policía Nacional dieciséis (16) años y ocho (08) días.

1.2.4. Que el 21 de septiembre de 2018, encontrándose el actor asignado al CAI San Carlos del Distrito Capital, donde ocupaba el cargo de integrante de patrulla, recibió una orden de su Comandante Inmediato, señor Intendente JULIO ENRIQUE FIGUEROA GARCÍA, la cual consistió en que encendiera la moto de dotación para que fueran a prestar un apoyo dentro del cuadrante a unos agentes de inteligencia que iban a realizar un procedimiento dentro del Cuadrante No. 21, de la jurisdicción del CAI San Carlos.

1.2.5. Que una vez llegaron al sitio donde se iba a realizar el procedimiento, el demandante permaneció subido en la motocicleta a una distancia aproximada de 10 metros, mientras que el señor Intendente JULIO ENRIQUE FIGUEROA GARCÍA se acercó y tomó contacto con los agentes de inteligencia y, a los dos o tres minutos, regresó a donde el demandante lo esperaba diciéndole que debían desplazarse a otro sitio con el propósito de atender una situación, de acuerdo a un llamado que él había recibido del CAI San Carlos.

1.2.6. Que el actor fue privado de su libertad desde el 08-03-19 al 15-03-19, inculpado de unos punibles que no cometió, en cumplimiento de la orden de captura emitida por el Juzgado Décimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá,

1.2.7. Que mediante Resolución No. 096 del 08 de marzo de 2019, el señor Mayor General HOOVER ALFREDO PERILLA ROMERO, en su condición de Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, retiró del

servicio activo de la Policía Nacional al demandante, utilizando para tal finalidad la facultad discrecional de que habla el artículo 62 del Decreto 1791 de 2000, tratándose de un retiro a manera de sanción sin que el actor hubiese sido vencido en juicio.

1.2.8. Que el día 03 de abril de 2019, el apoderado del accionante, elevó petición ante el señor Director de la Policía Nacional a fin de que le fueran reconocidos y pagados los tres (03) meses de alta conforme a lo establecido en los artículos 3.1, inciso segundo, de la Ley 923 de 2004 y 23 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, en atención a los más de 16 años que permaneció al servicio de la Policía Nacional.

1.2.9. Que en igual sentido, el día 04 de abril de 2019, radicó derecho de petición ante el señor Director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, para que ordenara el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, en cuantía del (54%) sobre el sueldo básico y las partidas que el actor venía devengando en servicio activo, conforme a lo establecido en los artículos 3.1, inciso segundo de la Ley 923 de 2004 y 23 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, en atención a los más de 16 años que permaneció al servicio de la Policía Nacional.

1.2.10. Que mediante oficio No. S-2019-042458-APROP-GRURE-1.10 del 27 de julio de 2019, el Ministerio de Defensa Nacional Policía Nacional respondió: *"En atención al escrito del asunto, a través del cual solicita, en calidad de apoderado del señor Subintendente (R) JEISSON BLANCO ORDÓÑEZ, entre otros, el reconocimiento y pago de los tres meses de alta a que considera tener derecho, comedidamente me permito informarle que el proyecto de respuesta a su requerimiento se encuentra surtiendo los trámites administrativos de elaboración y revisión jurídica, la cual será enviada a su dirección de notificación autorizada en el escrito. De igual manera resulta necesario advertir que actualmente existe un cúmulo aproximado de 100 solicitudes presentadas por miembros del Nivel Ejecutivo, quienes de igual forma presentan las mismas pretensiones, fundamentadas en la sentencia proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, dentro del proceso de Radicado No. 11001-03-25-000-2013-00543-00";* sin embargo, hasta la fecha de radicación de la

demanda, el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, no ha ofrecido una respuesta de fondo a la petición del reconocimiento y pago de los tres (03) meses de alta, lo cual, de conformidad con lo señalado en el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011, se configura en Silencio Administrativo Negativo.

1.2.11. Que, mediante el oficio radicado 201921000293161 ID: 502680 del 18 de octubre de 2019, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al demandante.

1.2.12. Que, con el ánimo de conjurar esta situación a través de los mecanismos alternativos de la solución de conflictos, el día 15 de enero de 2020, se radicó solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación con las entidades demandadas, cuya audiencia se realizó el día 03 de marzo de 2020, declarándose fallida ante la falta de ánimo conciliatorio por parte de CASUR e inasistencia de la Policía Nacional.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos el preámbulo y artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 21, 25, 29, 53, 83, 121, 122, 123, 124, 125, 209, 211, 218, 222 y 278 numeral 1, de la Constitución Política; los artículos 1, 2, 3, 5, 6, 7, 34, 103, 104, 138, 162 y 192 de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011; los artículos 144 y 145 del Decreto 1212 de 1990; el artículo 3 de la Ley 923 de 2004; los artículos 2 y 10 de la Ley 4 de 1992; y la Ley 153 de 1887, artículo 12 y demás normas concordantes, estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

Sostiene que la Dirección General de la Policía Nacional al igual que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, con los actos demandados, violan el preámbulo de la Constitución, por cuanto están desconociendo derechos fundamentales de los retirados de la Policía Nacional - Nivel Ejecutivo, tales como el derecho a la vida en condiciones dignas y el derecho a la igualdad, contraviniendo los mandatos allí contenidos y los principios que inspiraron al constituyente.

Afirma que sobresale en la Constitución el carácter participativo basado en el respeto de la dignidad humana, al trabajo y la solidaridad de las personas, principios esenciales dentro de los fines del Estado, estando su desarrollo en cabeza de la administración y, en el presente caso, la conducta adoptada por las demandadas, es violatoria de ello, pues desconocen el derecho establecido por la ley a favor de quienes ingresaron a la Policía Nacional antes del 31 de diciembre de 2004 y particularmente al Nivel Ejecutivo y, que tienen derecho al goce de una asignación de retiro.

Manifiesta que las accionadas, con los actos motivo de impugnación, han infringido notoriamente el artículo 2° de la Constitución, pues contravienen los fines específicos del Estado, el cual propende por el mejoramiento de la calidad de vida del personal de la Policía Nacional en uso de retiro, por lo que no han dado cumplimiento a lo previsto en los artículos 2º y 10º de la Ley 4ª de 1992, parágrafo del artículo 7º de la Ley 180 de 1995, 144 del Decreto 1212 de 1990 al igual que desconocen el artículo 3º 3.1. inciso segundo de la Ley 923 de 2004.

Señala que, para el 30 de diciembre de 2004, el actor ya se encontraba al servicio de la institución y para ese entonces el tiempo para adquirir el derecho a la asignación de retiro – pensión, en la fuerza pública era regulado por los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, y para el caso concreto lo regulaba el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, que a la letra dice:

> *"ARTÍCULO 144. ASIGNACIÓN DE RETIRO. Durante la vigencia del presente Estatuto, los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente y los que se retiren o sean separados con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 140 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad"*

Luego de lo anterior, trascribió el artículo 7° del Decreto 4433 2004, referente al cómputo de tiempo para efectos de asignación de retiro o pensión de sobrevivientes.

Indica que las demandadas infringieron la constitución y la ley porque estando obligadas a dar aplicación a los artículos 3 de la Ley 923 de 2004, 2 y 10 de la Ley 4ª de 1992, parágrafo del artículo 7 de la Ley 180 de 1995, 82 del Decreto 132 de 1995 y 144 del Decreto 1212 de 1990, de manera injustificada se sustrajeron de esa obligación, vulnerando de manera sensible derechos fundamentales como el mínimo vital y la seguridad social del demandante junto con su grupo familiar.

Refiere que para que el miembro de la fuerza pública pueda acceder al reconocimiento de la asignación de retiro con 15 años de servicio cuando el retiro se produzca por causa diferente a solicitud propia, solamente debe demostrar que al 30 de diciembre de 2004 se encontraba en servicio activo, mientras que, el Decreto 754 del 30 de abril de 2019, además de no encontrarse vigente para la fecha de retiro del demandante, exige que para percibir ese beneficio, el integrante del Nivel Ejecutivo debe estar en el escalafón a 30 de diciembre de 2004, lo cual es una exigencia adicional y más gravosa, que -por principio de favorabilidad- no es aplicable para aquellos uniformados que a 30 de diciembre de 2004 ya se encontraban en servicio activo, como en el presente caso, por cuanto la Ley 923 de 2004 no demanda tal requisito. Por lo tanto, al momento de que el Ejecutivo reglamenta la mencionada Ley 923 de 2004, imprimiendo mayores requisitos, está entonces desbordando su facultad reglamentaria, desconociendo de paso el artículo 53 de la carta magna.

Señala que, los actos administrativos, mediante los cuales las entidades demandadas dieron respuesta a las peticiones elevadas por el actor, adolecen de la causal de nulidad de infracción de las normas en que deberían fundarse.

Para fundamentar dicha causal afirma que en el Oficio No. 201921000293161 ID: 502680 del 18 de octubre de 2019, se empleó como sustento legal para su motivación, el artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 754 del 30 de abril de 2019, siendo que dicha norma no puede

ni debe ser aplicada al señor Subintendente (R) JEISSON BLANCO ORDÓÑEZ, por cuanto él ingresó a la Policía Nacional el día 14 de febrero de 2003, razón más que suficiente para que se le aplique el artículo 3 de la Ley 923 de 2004, el cual estableció unas garantías para los miembros de la fuerza pública que para el 30 de diciembre de 2004 se encontraban en servicio activo, consistente en que el derecho a la asignación de retiro se consolidaba con el cumplimiento de los requisitos de tiempo contemplados en las normas vigentes para esa fecha, lo cual significa que el actor, para acceder al derecho de esa prestación económica en atención a retiro por voluntad de la Dirección General, debía acreditar el cumplimiento de quince (15) o más años de servicio y está probado que él prestó sus servicios a la institución Castrense por espacio de 16 años y 08 días, siendo diáfano el cumplimiento por parte del demandante del requisito que lo hace acreedor de los tres meses de alta y a la asignación de retiro, conforme a lo dispuesto en los artículos 144 y 145 del Decreto 1212 de 1990.

Manifiesta que existe silencio administrativo negativo, el cual se configura con el acto ficto o presunto, ante la falta de respuesta de fondo a la petición elevada el día 03 de abril de 2019, puesto que además de ser una obligación de la administración dar respuestas claras y de fondo a las peticiones de los ciudadanos, su inobservancia o incumplimiento viola el derecho fundamental de petición que le asiste al demandante, y de paso se enmarca dentro de las causales de nulidad de que trata el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, pues mediante oficio No. S-2019-042458-APROP-GRURE-1.10 del 27 de julio de 2019, el Ministerio de Defensa Nacional Policía Nacional adujo que el proyecto de respuesta al requerimiento se encontraba surtiendo los trámites administrativos de elaboración y revisión jurídica.

Aduce que el hecho de no haberse tenido en cuenta de parte de las demandadas, el artículo 3 de la Ley 923 de 2004, al momento de dar respuesta a las peticiones, y la no aplicación de las normas atinentes al caso, tal y como lo disponen los artículos 144 y 145 del Decreto 1212 de 1990, por tratarse de derechos adquiridos y de la norma más favorable, se violó la Ley 4 de 1992.

III. CONTESTACIÓN

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

La apoderada de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR mediante escrito del **26 de febrero de 2021,** allegado vía correo electrónico, señaló, frente a las declaraciones y condenas, que la entidad que representa está presta a conciliar, reconocer y pagar lo concerniente a la asignación de retiro en tanto el titular tenga derecho. De esta manera, adujo que el Comité de Conciliación a través de Actas 07 de 04 de enero de 2019 y 13 del 30 de enero de 2019, estableció la política de conciliación respecto del reconocimiento de asignación mensual de retiro para miembros del Nivel Ejecutivo incorporados directamente, de la siguiente manera:

> *"Teniendo en cuenta el fallo proferido por el Honorable Consejo de Estado del 12 de abril de 2012, que decretó la nulidad del parágrafo segundo del artículo 25 del decreto 4433 de 2004, estableciendo, entre otros aspectos que para el reconocimiento de la Asignación Mensual de Retiro al personal homologado, se debe tener en cuenta el tiempo y las causales establecidas en los Decretos 1213 y 1213 (sic) de 1990, en concordancia con el Decreto 1858 del 6 de septiembre de 2012, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal de Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional. Se concluye que en los casos, donde se pueda establecer que el personal del Nivel Ejecutivo Homologado, tiene 20 o más de servicio y el retiro se produce por una causal de la separación absoluta, Destitución o Solicitud propia, o cuando cumple 15 o más años de servicio y el retiro es por una causal diferente a las enunciadas, se tendría el derecho a la asignación de retiro,* ***por lo tanto, el comité del (sic) asistirá ánimo conciliatorio; adicionalmente se debe mirar, la figura de la prescripción de las mesadas, según cada caso****.*
> *(…)"* (Negrillas del Despacho).

Sin perjuicio de lo anterior, a pesar de poner de presente la política adoptada por la entidad, la señalada apoderada no allegó propuesta de conciliación ni certificación del comité ni liquidación de valores al respecto del presente caso, sino que, solicitó tener como favorables las pretensiones de la demanda.

Frente a la condena en costas, solicitó no condenar a la entidad que representa, toda vez, que el acto administrativo del cual se depreca su nulidad se fundamentó en el Decreto 4433 de 2004 y 754 de 2019, artículo 1° y que no se evidencia en la actuación surtida arbitrariedad del derecho, mala fe o temeridad que implique imponer una condena en costas, aunado a que al momento de expedirse la Ley 1437 de 2011 artículo 188, se señaló

que se "*dispondrá sobre condena en costas"*, y que su *"liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de procedimiento Civil"*, es decir, que esta última norma aplica solo para su tasación y cobro, no para establecer si el criterio de la condena en costas era subjetivo (temeridad) u objetivo. En ese orden de ideas, solicitó seguir la línea jurisprudencial que estableció la jurisdicción contenciosa administrativa con el criterio subjetivo basado en la mala fe de la parte vencida, que no se demuestra en el plenario.

De otra parte, señaló que el SI (r) JEISSON BLANCO ORDOÑEZ, ingresó a la Policía Nacional en el Nivel Ejecutivo, por incorporación directa el día 29 de enero de 2004, siendo retirado el día 15 de marzo de 2019, con causal denominada "VOLUNTAD DE LA DIRECCIÓN GENERAL", con 15 años; 08 meses y 25 días de servicios.

Manifestó que el régimen de pensiones o asignaciones de retiro de la Fuerza Pública es de naturaleza especial acorde con los mandatos constitucionales en sus artículos 217 y 218, y que corresponde regular el régimen prestacional de estos al Gobierno Nacional, acorde con la facultad otorgada por el artículo 11 del Artículo 189 de la Constitución Nacional.

Adujo que, el demandante hace parte del Nivel Ejecutivo el cual se creó con la Ley 62 del 12 de agosto de 1993, desarrollada por el Decreto 041 del 10 de enero de 1994; sin embargo este decreto fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en sentencia C-417 del 22 de septiembre de 1994, y en vista de ello, se expidió la Ley 180 de 1995 donde se otorgaron facultades extraordinarias al presidente de la república para desarrollar la carrera policial denominada nivel ejecutivo y en uso de dicha facultad se expidió el Decreto 132 de 1995, agregando que el demandante ingresó a la Policía Nacional de manera directa a la jerarquía del nivel ejecutivo.

Anotó que el Gobierno Nacional, para establecer el régimen pensional y de asignaciones de retiro en desarrollo de la Ley 4 de 1992, expidió el Decreto 1091 de 1995 cuyo artículo 51 estableció el tiempo de servicio necesario para acceder a la asignación de retiro, pero dicho decreto fue anulado por el Consejo de Estado en sentencia del 4 de febrero de 2007, razón por la cual el Gobierno en uso de la facultad otorgada por la Ley 797 de 2003

expidió el Decreto 2070 de 2003, el cual corrió la misma suerte del Decreto 1091 de 1995 y fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en sentencia del 6 de mayo de 2004.

Adujo que, ante dicha declaratoria de inexequibilidad, el Gobierno expidió la Ley Marco 923 de 2004 en la cual se indicaron las normas, objetivos y criterios que debían observarse para la fijación del régimen pensional y de asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, ley que fue desarrollada por el Decreto 4433 de 2004, en cuyo canon 25, parágrafo 2 estableció lo siguiente:

> *"Parágrafo 2°. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sea retirado con veinte (20) años o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Ministro de Defensa Nacional o del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 23 de este decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas."*

Señaló que el anterior parágrafo fue declarado nulo por el Consejo de Estado, mediante sentencia 1074 del 12 de abril del año 2012, al considerar que excedía las facultades que se le habían otorgado al Gobierno Nacional en la Ley 923 de 2004, especialmente, por no haberse respetado los derechos adquiridos del personal homologado, como son los agentes y suboficiales, indicando la necesidad de diferenciar entre quienes ingresaron por incorporación directa y los que se habían homologado.

Indicó que, en cumplimiento del fallo anteriormente mencionado, se expidió el Decreto 1858 de 2012, que en su artículo 2 estableció el régimen común para el personal que ingresó al nivel ejecutivo por incorporación directa, . norma que fue suspendida en sentencia del 14 de Julio de 2014, emitida por el Consejo de Estado. Sin embargo, mediante decisiones que resolvieron los recursos de súplica interpuestos contra la anterior decisión, dicha

Corporación Judicial mediante fallos del 28 de mayo de 2015 y 08 de octubre de 2015, revocó la medida de suspensión provisional del artículo 2, quedando en firme lo establecido en el Decreto 1858 de 2012.

Manifestó que, de acuerdo con el citado Decreto 1858 de 2012, al personal de Agentes y Suboficiales de la Policía Nacional que se homologaran al Nivel Ejecutivo antes del 1° de enero de 2005, se les reconocería el derecho al goce de asignación mensual de retiro cuando cumplieran 15 años de servicio por llamamiento a calificar servicios, voluntad de la dirección general o disminución de la capacidad psicofísica, o 20 años de servicio cuando se retiren a solicitud propia, separación absoluta y destitución, en virtud del régimen de transición; y los miembros del Nivel Ejecutivo que ingresaron en forma directa a dicho escalafón antes o después de la expedición de la Ley 923 de 2004, se les reconocería el derecho a devengar la prestación al cumplir 20 o 25 años de servicio según causal de retiro, concluyendo que el Gobierno Nacional, en materia prestacional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional estableció el requisito de 20 y 25 años de servicios para el personal que se incorporó directamente.

Refirió que, en reciente pronunciamiento del Consejo de Estado del 03 de septiembre de 2018, dentro de la acción de nulidad promovida por el señor Julio César Morales Salazar dentro del proceso 2013-00543, se declaró la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, al considerar que los preceptos normativos contemplados en la norma se encuentran en abierta contradicción con los previstos a manera de límites materiales por el ordenamiento jurídico superior.

Refirió que, conforme al criterio jurisprudencial señalado, se muestra claro que la sentencia tan solo hace referencia a los tiempos que deben tenerse en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo incorporados directamente, tiempos establecidos en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, al igual que establece quiénes pueden ser beneficiarios de los efectos que se generen con el transcrito fallo (situaciones jurídicas no consolidadas), más no es dable indicar que debe darse aplicación a las partidas computables de dichos regímenes (Agentes y Suboficiales), pues no puede perderse de vista que la fecha de retiro es relevante para el reconocimiento de la prestación pensional, porque es la

que determina la normativa aplicable, y es la génesis a que el derecho se cause o no, dependiendo del cumplimiento de los requisitos establecidos en ese momento, al igual que indicar que por los efectos ex tunc que allí se advierten, todos los casos, sin importar si ya fueron objeto de estudio y debate ante la jurisdicción contenciosa, se encuentren cobijados con los efectos de ese fallo.

Manifestó que la anulación de un acto administrativo produce efectos ex tunc, es decir, se entiende retirado del mundo jurídico desde el nacimiento, razón por la cual se retrotraen las cosas al estado anterior, esto por cuanto el estudio de su legalidad se remite al origen de la decisión. Ahora bien, los efectos ex tunc no generan un inmediato restablecimiento de las situaciones que se hayan causado en vigencia de la norma retirada del ordenamiento jurídico, en cada caso, debe examinarse si se encuentran situaciones jurídicas consolidadas, las cuales, en atención al principio de seguridad jurídica, no pueden alterarse, conforme a la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

Indicó que, en el presente proceso, debe tenerse en cuenta que el actor SI (r) JEISSON BLANCO ORDOÑEZ, se retiró de la Institución Policial el 15 de marzo de 2019 y que los Decretos 1212 y 1213 de 1990 establecen como tiempo mínimo para acceder al reconocimiento de la asignación mensual de retiro por la causal Voluntad de la Dirección General un mínimo de 15 años, tiempo que cumple el demandante, tras haber laborado en la Policía Nacional por espacio de 15 años, 08 meses y 25 días de conformidad a la hoja de servicios expedida por esa Entidad, con lo cual, retomó vigencia en cuanto a los tiempos a tenerse en cuenta para el reconocimiento de la asignación mensual de retiro para los miembros del nivel ejecutivo incorporados directamente, el Decreto 1212 de 1990.

3.2. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL

El apoderado de la entidad demandada mediante escrito del 02 de marzo de 2021, allegado vía correo electrónico, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Manifestó que de conformidad con el artículo 1° del Decreto 754 del 30 de abril de 2019, para que le asistiera al demandante derecho de obtener la asignación de retiro, para la época de 31 de diciembre de 2004, debía estar en el escalafón o haber obtenido el grado de patrullero, pero los antecedentes allegados al expediente indican que, para la fecha antes mencionada, el demandante no se encontraba ni en el escalafón tampoco como patrullero, sino en calidad de estudiante y por esta razón no cumple con los requisitos para obtener la asignación de retiro.

Indicó que, en el presente caso, el actor perduró en el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional un tiempo de 14 años, 00 meses y 07 días, contrario a lo manifestado por el apoderado de la parte actora, quien manifiesta que el demandante permaneció al servicio de la Policía más de 16 años, desconociendo que el tiempo del servicio militar y de estudiante, no es computable para la asignación de retiro de los 15 años, pues solo aplica cuando el retiro es por solicitud propia y no como le ocurrió al actor, quien fue retirado del servicio activo por la discrecionalidad y anotó que, en el presente caso, el retiro del actor se regulaba por el parágrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004.

Colige que al ser retirado por voluntad de la Dirección General, para haber obtenido el reconocimiento de la asignación respectiva a cargo de CASUR, el demandante debía acreditar un tiempo de 20 años, requisito que no se cumplió, ya que el tiempo total de servicio fue de 16 años, cero meses y 8 días. Por lo tanto, te conformidad con lo previsto en el artículo 52 del Decreto Ley 1091 de 1995, el demandante no cumple con los requisitos exigidos para acceder al reconocimiento y pago de los tres meses de alta.

Manifiesta que en el presente caso se está ante dos conceptos diferentes, por cuanto la asignación de retiro corresponde a una verdadera prestación social, mientras que los tres meses de alta consisten en un pago que se concreta por una sola vez, el cual tiene como finalidad que el funcionario, mientras se realiza el trámite de reconocimiento de la pensión, continúe devengando un salario. En consecuencia, señala, no existe finalidad, motivación, ni fundamento legal alguno para el reconocimiento del presunto derecho alegado por el demandante porque no se dieron los presupuestos

una vez aquel se retiró del servicio activo, esto es, cuando se concretó de forma definitiva su situación administrativa con la Policía.

De otra parte, la apoderada de la parte demandada propuso las excepciones de:

i) Falta de legitimación en la causa por pasiva: Alude a que el demandante solicita se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 201921000293161 ID 502680 del 18 de octubre de 2019, el cual negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, siendo CASUR la llamada ello, la cual es una entidad con autonomía propia, representación legal, patrimonial y administrativa independiente de la Policía Nacional.

ii) Presunción de legalidad de los actos acusados: Manifiesta que los actos impugnados fueron expedidos con fundamento en la Constitución, la Ley, respaldo en la jurisprudencia, por autoridad competente y con el lleno de los requisitos formales y de fondo, por lo que su presunción de legalidad invierte la carga de la prueba y deja en cabeza del demandante la obligación de desvirtuarla.

iii) Cobro de lo no debido: Solicita declarar exonerada a su representada de la obligación de reconocer y pagar lo solicitado en las pretensiones de la demanda, dado que no es procedente conceder lo pretendido por el actor pues se estaría frente a un cobro de un derecho inexistente, lo cual podría configurar un enriquecimiento sin causa.

iv) Enriquecimiento sin causa: Señala que el ingreso de las sumas de dinero al patrimonio del actor, sin que le asista derecho, generaría en su favor un aumento en el mismo, careciendo de disposición legal que lo autorice para ello, a costa de la entidad demandada, a la cual se causaría un detrimento patrimonial.

v) Genérica: Solicita se declaren las excepciones que resulten probadas dentro del proceso.

Por su parte, el apoderado del actor, mediante escrito allegado vía correo electrónico el 10 de mayo de 2021, descorrió el traslado de las referidas

excepciones, en forma extemporánea, circunstancia que impide tenerlo en cuenta.

Lo anterior, por cuanto la fijación en lista de las excepciones presentadas por la parte demandada se realizó el 04 de mayo de 2021, dejándolas en traslado a la contraparte por el término de tres días, razón por la cual, la parte demandante tenía hasta el **07 de mayo del mismo año** para pronunciarse, actuación que se surtió hasta el 10 de mayo de 2021, esto es, de forma extemporánea.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Parte demandante

El apoderado de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **2 de junio de 2021**[1]**,** vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión, efecto para el cual desarrolló los puntos del litigio fijado por el Despacho, para concluir:

(i) que, en observancia de la normativa que regula el silencio administrativo, la jurisprudencia de los órganos de cierre y el material probatorio obrante en el proceso, es palmario que sí existe un acto ficto o presunto resultado del silencio o inactividad de la administración en cabeza de la Dirección General de la Policía Nacional;

(ii) que los actos demandados adolecen de la causal de nulidad de infracción de las normas en que deberían fundarse; y

(iii) que conforme a la realidad fáctica y jurídica en concordancia con el precedente jurisprudencial que trajo a colación, así como lo demostrado con el acervo probatorio no cabe duda de que al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los tres (03) meses de alta como de la asignación de retiro que se está reclamando de parte de las entidades demandadas.

[1] La fecha de radicación fue el martes 1° de julio de 2021 a las 10:57 p.m., razón por la cual, se tiene como presentado el día hábil siguiente.

4.2. Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR

La apoderada de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **31 de mayo de 2021,** vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión, señalando que erró en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, pues en aquella oportunidad afirmó que al actor le asistía derecho al reconocimiento de la asignación mensual de retiro y, en consecuencia, solicitó al Despacho realizar un análisis normativo y valorar los siguientes argumentos:

(i) Que los oficiales y suboficiales se regían por el Decreto 1212 de 1990 y los agentes eran cobijados por el Decreto 1213 de 1990, empero, en ninguna de las dos normativas se regula el nivel ejecutivo, por tanto, es un régimen independiente con normatividad propia para su regulación;

(ii) Que la implementación del nivel ejecutivo contempló la posibilidad para los suboficiales y agentes, de incorporarse al nivel ejecutivo, en donde encontraron prerrogativas de ascenso e incremento de salario, aspecto que les motivó al fenómeno de la homologación;

(iii) Que, no obstante, con la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, se expidió el Decreto 4433 de 2004 reglamentario, siendo su artículo 25 aplicable al caso concreto, por tratarse de la norma vigente a la fecha de retiro, la cual exige para acceder al reconocimiento de la asignación mensual de retiro, por la causal Voluntad de la Dirección General, acreditar 20 años de servicios, requisito que el actor no cumple para dicho reconocimiento, toda vez que tan solo acredita 15 años 8 meses y 25 días de servicios.

Concluyó que el acto administrativo dictado por CASUR, goza de presunción de legalidad y los argumentos expuestos por el actor no son de tal naturaleza que permitan desvirtuarla, por lo tanto, el acto administrativo debe permanecer incólume, y reiteró el deber del juez de analizar las circunstancias para condenar en costas.

4.3. Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional

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

4.4. Agente del Ministerio Público

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

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES

Respecto a la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva** del Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, con base en que la parte actora solicita declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 201921000293161 ID 502680 del 18 de octubre de 2019, el cual negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, siendo CASUR la llamada para ello, es importante precisar que la parte actora también demandó el acto ficto o presunto derivado de la falta de respuesta de fondo a la petición radicada el 03 de abril de 2019 ante la Policía Nacional, a fin de que le fueran reconocidos y pagados los tres (03) meses de alta y, en ese sentido, la excepción propuesta no tiene vocación de prosperidad.

Frente a las excepciones de **presunción de legalidad de los actos acusados, cobro de lo no debido** y **enriquecimiento sin causa**, este Despacho considera que los argumentos en ellas expuestos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera 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.

Respecto a la excepción genérica, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en este momento procesal.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.2.1. Extracto de la hoja de vida del actor.

5.2.2. Resolución No. 096 del 08 de marzo de 2019 *"[p]or la cual se retira del servicio activo a un integrante del Nivel Ejecutivo, adscrito a la Policía Metropolitana de Bogotá"* y acta de notificación personal al actor.

5.2.4. Petición del 03 de abril de 2019, con radicado No. 031073, mediante la cual, el actor, a través de apoderado, solicitó al Director General de la Policía Nacional el reconocimiento y pago de tres meses de alta.

5.2.5. Oficio No. S-2019-042458 APROP-GRURE-1.10 del 27 de julio de 2019, mediante el cual la Policía Nacional dio respuesta al radicado E-2019-031073-DIPON, señalando que el proyecto de respuesta se encontraba surtiendo trámite.

5.2.6. Petición del 04 de abril de 2019, mediante la cual, el actor, a través de apoderado, solicitó al director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

5.2.7. Oficio con radicado No. 201921000293161 Id: 502680 del 18 de octubre de 2019, mediante el cual CASUR negó el reconocimiento de asignación mensual de retiro al actor, oficio que al parecer se encuentra incompleto puesto que, de conformidad con el concepto de la violación desarrollado por el actor, hace falta su inciso final, que es del siguiente tenor: *"Lo anterior, por cuanto el ingreso al escalafón del Nivel Ejecutivo, fue la incorporación directa, la que se produjo el 08 de marzo de 2005, destacando que la aplicación a lo establecido en el Decreto 754 del 30/04/2019, restringe al personal que se vinculó al servicio activo antes del 01 de Enero de 2005",* lo cual no fue cuestionado por las demandadas.

5.2.8. Certificación de salarios del actor.

5.2.9. Certificación de la última unidad con sitio geográfico donde el demandante prestó sus servicios al momento de ser retirado de la Policía Nacional.

5.2.10. Conciliación extrajudicial, llevada a cabo ante la Procuraduría 137 Judicial II para Asuntos Administrativos la cual se declaró fallida, cuya constancia se expidió el 03 de marzo de 2020.

5.2.11. Oficio No. S-2019060850-DITAH-APROP-1-10 del 04 de octubre de 2019 mediante la cual se tramitó la solicitud No. E-2019-031073-DIPON.

5.2.12. Hoja de servicios No. 80249154, del actor.

5.2.13. Decreto 754 del 30 de abril de 2019 *"por el cual se fija el régimen de asignación de retiro de personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que ingresó al escalafón por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004".*

5.2.14. Sentencia 00543 del 2018 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "B", del 3 de septiembre de 2018.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO

El aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar: (i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por el demandante el día 03 de abril de 2019 ante la Policía Nacional; (ii) si, con dicho acto ficto, así como con la expedición del acto administrativo identificado como Oficio No. 201921000293161 ID: 502680 del 18 de octubre de 2019 expedido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al actor, se incurrió en las causales de nulidad que desvirtúen su legalidad; (iii) y si procede el reconocimiento y pago de dicha asignación, así como el de tres meses de alta al demandante.

5.4. NORMATIVIDAD APLICABLE AL CASO BAJO ESTUDIO

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

En vigencia de la Constitución de 1991, a través del artículo 150, numeral 19, se asignó competencia especial al Congreso de la República para fijar las pautas y lineamientos que debería tener en cuenta el Presidente de la República al momento de desarrollar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Fue así, como el Gobierno Nacional con fundamento en la Ley 62 del 12 de agosto de 1993[2] expidió el **Decreto 41 del 10 de enero de 1994,** por medio del cual se derogó parcialmente el Decreto 1212 de 1990, modificándose las normas de carrera del personal de Oficiales, Suboficiales de la Policía Nacional, la cual, respecto al nivel ejecutivo, dispuso:

> *"ARTICULO 20. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DEL PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO. Los suboficiales y agentes a que se refieren los artículos 18 y 19 de este decreto, que ingresen al Nivel Ejecutivo, se someterán al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional".*

No obstante, la Corte Constitucional en Sentencia C-417 del 22 de septiembre de 1994[3], declaró inexequibles las expresiones "*nivel ejecutivo*", "*personal del nivel ejecutivo*" y "*miembro del nivel ejecutivo*" empleadas en un gran número de artículos del Decreto 41 de 1994, por exceder el límite material fijado en la Ley de facultades extraordinarias (ley 62 de 1993).

En consecuencia, el Congreso de la República expidió la **Ley 180 de 1995**, por medio de la cual se modificaron y expidieron algunas disposiciones sobre la Policía Nacional y del Estatuto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se revistió nuevamente al Presidente de la República de facultades para desarrollar la Carrera Policial denominada Nivel Ejecutivo, consagrando en su artículo 7, lo siguiente:

> *"**Artículo 7º.**- De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de noventa (90) días, contados a partir de la promulgación de la presente Ley, para los siguientes efectos:*

---

[2] *"Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y Bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República."*

[3] Magistrado Ponente. Doctor Carlos Gaviria Díaz.

> *1. Desarrollar en la Policía Nacional la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo a que se refiere el artículo lo. de la presente Ley, a la cuál podrán vincularse Suboficiales, Agentes, personal no uniformado y de incorporación directa. Esta nueva carrera comprenderá los siguientes aspectos:*
> *a)Disposiciones preliminares;*
> *b)Jerarquía, clasificación y escalafón;*
> *c)Administración de personal:*
> *- Selección e ingreso*
> *- Formación*
> *- Grados, ascenso y proyección de la carrera*
> *- Asignaciones salariales, primas y prestaciones sociales*
> *- Sistemas de evaluación*
> *- Destinaciones, traslados, comisiones, licencias y encargos*
> *- Suspensión, retiro, separación, reincorporación*
> *- Reservas*
> *- Disposiciones varias*
> *- Normas de transición*
> *(…)*
>
> ***PARÁGRAFO.*** *La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo*" (subrayado fuera del texto original).

Luego, en virtud de las facultades del numeral 1 del artículo 7° de la Ley 180 de 1995, se expidió **el Decreto 132 del 13 de enero del mismo año**, a través del cual se desarrolló la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, el cual estableció la jerarquía del personal ejecutivo, así:

> *"**ARTÍCULO 3o. JERARQUÍA.** La Jerarquía del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, para efectos de mando, régimen disciplinario, Justicia Penal Militar, lo mismo que para todos los derechos y obligaciones consagrados en este estatuto, comprende los siguientes grados:*
>
> *1. Comisario*
>
> *2. Subcomisario*
>
> *3. Intendente*
>
> *4. Subintendente*
>
> *5. Patrullero, carabinero, investigador según su especialidad."*

Por su parte, el artículo 82 ibídem, dispuso:

> *"**Artículo 82°.-** INGRESO AL NIVEL EJECUTIVO. El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional*".

Ahora bien, en desarrollo de las normas generales preceptuadas en la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1091 del 27 de junio de 1995**, el cual consagró el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante el Decreto 132 de 1995, el cual respecto al reconocimiento de la asignación de retiro, dispuso:

> *"**Artículo 51.** Asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de retiro de la Policía Nacional, se le pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 49 de este Decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas, en las siguientes condiciones:*
>
> *a) Al cumplir veinte (20) años de servicio y ser retirado por cualquiera de las siguientes causas:*
>
> *1. Llamamiento a calificar servicio.*
> *2. Voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.*
> *3. Por disminución de la capacidad sicofísica para la actividad policial.*
> *4. Por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad los hombres y sesenta (60) años de edad las mujeres.*
>
> *b) Al cumplir veinticinco (25) años de servicio y ser retirado o separado por cualquiera de las siguientes causas:*
>
> *1. Por solicitud propia.*
> *2. Por incapacidad profesional.*
> *3. Por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada.*
> *4. Por conducta deficiente.*
> *5. Por destitución.*
> *6. Por detención preventiva que exceda de ciento ochenta (180) días.*
> *7. Por separación absoluta en las condiciones establecidas en el artículo 68 del Decreto 132 de 1995"*

Cabe advertir, que el H. Consejo de Estado en sentencia del **14 de febrero de 2007**[4], declaró la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 del 27 de junio de 1995, respecto de la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo, al señalar:

> *"(…)*
>
> *Adicionalmente, dirá esta Sala que al regularse nuevas disposiciones en materia prestacional, sin entrar a diferenciar entre quienes ingresaron al Nivel Ejecutivo desde el momento de su creación respecto de los que se*

[4] Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla, Expediente radicado número 1240-04

> *vincularon con posterioridad y de quienes permanecieron como suboficiales o agentes en la Institución Policial, esto es, sin consagrarse un régimen de transición, se estarían desconociendo, asimismo, unos postulados constitucionales (arts. 13, 48 y 53) y legales (art. 7º - parágrafo - de la Ley 180 de 1995), que amparan y protegen de manera especial los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, los que, de no tenerse en cuenta, violarían el principio de la buena fe y de la confianza legítima.*
>
> *Si bien no existe derecho a un régimen prestacional inmodificable o que no pueda variarse, el ejercicio de un derecho adquirido sólo es dable exigirlo en la medida en que el mismo se haya causado, esto es, que haya ingresado al patrimonio de la persona exhibiendo un justo título. Pero, lo cierto es que en este particular caso el Gobierno Nacional no podía variar ni modificar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en tanto - se repite - era una materia que se hallaba reservada a la ley y, de otra parte, existía una clara protección especial para quienes se habían acogido a la carrera del nivel ejecutivo*".

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

> *"**Artículo 25**. Asignación de retiro para el personal de la Policía Nacional. Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro…".*

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

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

Sin embargo, el Decreto Ley 2070 de 2003, fue declarado inexequible por sentencia C-432 de 2004, argumentando la Corte Constitucional que de conformidad con los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 de la

Constitución Política, el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública está reservado a las leyes marco, lo cual impide su expedición a través de un decreto con fuerza de ley.

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

> ***"Elementos mínimos**. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:* (Subraya la Sala).
>
> ***3.1.** El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.*
>
> *A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal"* (Subraya el Despacho).

En desarrollo de la Ley Marco 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 4433 de 2004, *"Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública"*. El cual, en torno al tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro, en su artículo 25, señaló:

> *" (…)*
>
> *Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de 20 años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica,*

> *o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de 25 años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro, así:*
>
> *(…)*
>
> ***Parágrafo 2°**. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sea retirado con 20 años o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Ministro de Defensa Nacional o del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de 25 años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un 75% del monto de las partidas de que trata el artículo 23 de este decreto, por los primeros 20 años de servicio y un 2% más, por cada año que exceda de los 20, sin que en ningún caso sobrepase el 100% de tales partidas.".* (Subraya el Despacho).

Sin embargo, el parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, transcrito, que regulaba lo relacionado con la asignación de retiro para los miembros del Nivel Ejecutivo hasta el 31 de diciembre de 2004, fue anulado por el Consejo de Estado a través de sentencia del 12 de abril de 2012[5].

Posteriormente, el Gobierno expidió el Decreto Reglamentario 1858 de 2012, *"por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional"*, el cual reguló lo relacionado con la asignación de retiro del personal homologado y los que ingresaron al escalafón por incorporación directa, así:

> *"**ARTICULO 1. Régimen de transición para el personal homologado del Nivel Ejecutivo.** Fijase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional antes del 01 de Enero de 2005, siendo Suboficiales o Agentes, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la Institución después de quince (15) años de servicio por llamamiento a calificar servicios, por voluntad de la Dirección General o por disminución de la capacidad psicofísica y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de los veinte (20) años de servicio, a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%)*

[5] Expediente: 0290-06(1074-0)7 radicación: 11001032500020060001600-00, Actor: Juan Carlos Beltrán Bedoya, Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón.

del monto de las partidas de que trata el artículo 3 del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta cumplir los diecinueve (19) años y un nueve por ciento (9%) al cumplir los veinte (20) años de servicio. Así mismo se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el cien por ciento (100%) de tales partidas.

***ARTICULO 2. Régimen común para el personal del Nivel Ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa**. Fíjase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la Institución con veinte (20) años o más de Servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3 del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el cien por ciento (100%) de tales partidas".*

Ahora bien, el H. Consejo de Estado a través de sentencia del 3 de septiembre de 2018[6], declaró la nulidad del artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, al sostener que el Gobierno Nacional desconoció las previsiones normativas contenidas en la Ley marco 923 de 2003, al exigirle al personal vinculado al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporado directamente hasta el **31 de diciembre de 2004**, requisitos más gravosos para acceder al derecho a la asignación de retiro, toda vez que al establecer como tiempos mínimos y máximos de retiro entre 20 y 25 años, según la causal, contravino los términos establecidos en la normativa superior que se restringe a los mínimos y máximos de 15 a 20 años de servicio; Sin embargo, no se pronunció frente al artículo 1º, que contempla el régimen de transición para el personal homologado de dicho nivel, que ingresó voluntariamente antes del 1 de enero de 2005, siendo suboficiales o agentes.

5.5. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa el señor JEISSON BLANCO ORDÓÑEZ solicita el reconocimiento de su asignación de retiro en cuantía del (54%) sobre el

[6] Expediente: 11001-03-25-000-2013-00543-00, actor: Julio Cesar Morales Salazar y otros, demandado: Ministerio de Defensa Nacional

sueldo básico y las partidas que venía devengando en servicio activo, al igual que el pago de los tres (03) meses de alta, conforme a lo establecido en los artículos 3.1, inciso segundo, de la Ley 923 de 2004 y 23 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, en atención a los más de 16 años que permaneció al servicio de la Policía Nacional.

Ahora bien, de las pruebas obrantes en el expediente, especialmente del extracto de la hoja de vida del demandante, se advierte que, laboró en la Policía Nacional, así:

NOVEDAD	**FECHA INICIO**	**FECHA TERMINO**	**TOTAL A M D**
AUXILIAR DE POLICÍA	14/02/2003	14/08/2004	01-06-00
ALUMNO NIVEL EJECUTIVO	06/09/2004	07/03/2005	00-06-01
NIVEL EJECUTIVO	08/03/2005	15/03/2019	14-00-07
TOTAL			**16-0-8**

Sin embargo, de la hoja de servicios que también obra en el expediente, se tienen los siguientes tiempos:

NOVEDAD	**FECHA INICIO**	**FECHA TERMINO**	**TOTAL A M D**
AUXILIAR DE POLICÍA	29 Ene 2003	29 Ene 2004	1-0-0
ALUMNO NIVEL EJECUTIVO	06 Sep 2004	07 Mar 2005	0-6-01
NIVEL EJECUTIVO	08 Mar 2005	15 Mar 2019	14-0-07
TOTAL			**15-8-26**

En ese sentido, se observa que el actor ingresó a la Policía Nacional como auxiliar en el año 2003, figurando desde el 06 de septiembre de 2004, como alumno, y **ascendiendo al Nivel Ejecutivo desde el 08 de marzo de 2005** hasta el 15 de marzo de 2019.

Ahora bien, a pesar de que los tiempos primeramente señalados son los que tiene en cuenta el actor en la demanda, mientras que los segundos son a los que aluden las entidades demandadas en sus contestaciones, lo cierto es que ambos son superiores a 15 años e inferiores a 20 años, por lo que para efectos del análisis que corresponde, dicha información es suficiente, por cuanto en el presente proceso los años de servicio no son objeto de controversia, amén que la fecha de vinculación al nivel ejecutivo coincide en ambos casos -**8 de marzo de 2005**-

Así las cosas, resulta claro que, contrario a lo manifestado por el apoderado del actor en el el concepto de violación, el ingreso al nivel ejecutivo del señor Blanco Ordoñez no ocurrió con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, pues de conformidad con el artículo 4° del Decreto 132 del 13 de enero de 1995 *"por el cual se desarrolló la carrera profesional de la Policía Nacional"*, el tiempo en que fue alumno, desde el 06 de septiembre de 2004 al 07 de marzo de 2005, no hace parte de la jerarquía de grados de dicho nivel, así:

> *"**ARTÍCULO 4o. DENOMINACIÓN DE ALUMNOS.** Los aspirantes que ingresen a las escuelas de formación, no pertenecen a la jerarquía de que trata el presente capítulo y se denominarán alumnos. Su nombramiento y retiro se producirán por orden administrativa de personal".*

En consecuencia, al haber ingresado el demandante al Nivel Ejecutivo el 08 de marzo de 2005, se encontraba cobijado por las previsiones del Decreto 4433 del 31de diciembre de 2004, cuyos destinatarios eran, entre otros, los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que **ingresaran al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del mismo**, el cual estableció en su artículo 25 que el tiempo para acceder al reconocimiento de la asignación de retiro era de **20 años**, cuando se produjere por i) llamamiento a calificar servicios, ii) por disminución de la capacidad psicofísica o iii) **por voluntad del Gobierno**; y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, al efecto señaló:

> ***"Artículo 25.**Asignación de retiro para el personal de la Policía Nacional. Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de*

*entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo d**espués de veinte (20) años**, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o **por voluntad del Gobierno**, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro…". (Negrilla fuera del texto).*

Cabe resaltar que, el artículo anteriormente trascrito se encuentra vigente para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo, toda vez que fue solamente su parágrafo 2° el que fue objeto de nulidad por el Consejo de Estado en la Sentencia del 12 de abril de 2012, relacionada anteriormente, el cual regulaba la situación de quienes habían ingresado antes de la vigencia del referido Decreto, esto es, hasta el 30 de diciembre de 2004, situación que no se predica en el caso de autos.

Ahora bien, se encuentra acreditado que mediante la Resolución No. 096 del 08 de marzo de 2019, el actor fue retirado del servicio, por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, así:

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Retirar del servicio activo de la Policía Nacional, por Voluntad de la Dirección General, de conformidad con lo establecido en los artículos 55 numeral 6° y 62 del Decreto Ley 1791 de 2000, al señor Subintendente BLANCO ORDOÑEZ JEISSON, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80249154, retiro que fue recomendado por la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá, mediante Acta No. 016 SUTAH-SUBCO-2.25 del siete (07) de marzo de 2019.

ARTICULO SEGUNDO: Disponer el envío de la presente Resolución al Grupo de Talento Humano de la Policía Metropolitana de Bogotá y al Grupo de Reubicación Laboral, Retiros y Reintegros de la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional, para los trámites pertinentes.

ARTICULO TERCERO: Ordenar la notificación personal del señor Subintendente BLANCO ORDOÑEZ JEISSON, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80249154, en los términos señalados en el artículo 67 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entregándole copia de ésta decisión y haciéndole saber que contra ella no procede recurso alguno.

ARTICULO CUARTO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

En ese sentido, dado que el señor Blanco Ordóñez acredita menos de 20 años de servicio en la Policía Nacional y fue desvinculado por voluntad de la Dirección General de dicha entidad, no le asiste derecho a que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le reconozca y pague una asignación

de retiro, puesto que, al haber ingresado al Nivel Ejecutivo, con posterioridad al 30 de diciembre de 2004, no se encuentra cobijado por las previsiones del artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, que contempla el pago de dicha prestación con 15 y 20 años de servicio, pues como requisito *sine qua non* para ser beneficiario de la misma, debía haber ingresado con anterioridad a dicha fecha, aspecto que como quedó visto no ocurrió.

Ahora bien, es importante advertir que si bien el apoderado de la parte demandante en el concepto de la violación solicita que se dé aplicación al parágrafo del artículo 7° de la Ley 180 de 1995, lo cierto es que dicha preceptiva no le es aplicable, por cuanto el mismo contempló que la creación del Nivel Ejecutivo no podría "*…discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes* ***estando al servicio de la Policía Nacional*** *ingresen al Nivel Ejecutivo",* siendo que el demandante ingresó a dicho nivel directamente y no a través de una homologación.

Así las cosas, los cuestionamientos efectuados por el demandante desconocen las normas aplicables a su caso, entendiendo de manera equivocada que su derecho a la asignación de retiro se encuentra cobijado por el Decreto 1212 de 1990, por el simple hecho de haber ingresado como alumno del nivel ejecutivo antes del 31 de diciembre de 2004, asumiendo que quedó de manera automática escalafonado en dicho nivel, en el primer grado de la jerarquía.

5.5.1. Del reconocimiento de los tres meses de alta.

Ahora bien, frente al reconocimiento de los tres meses de alta, cabe mencionar que el artículo 25 del Decreto 4433 del 2004, citado anteriormente, dispone que solo continuará dado de alta por tres meses el personal que **tiene derecho a la asignación de retiro**, pues no de otra manera puede entenderse la expresión *"… se les pague una asignación mensual de retiro"* consagrada en dicha normativa, situación que no permite estudiar de manera aislada el reconocimiento de los tres meses de alta que pretende el señor Jeisson Blanco Ordoñez en la presente controversia, al encontrarse acreditado que no es beneficiario de dicha prestación.

En consideración a lo anteriormente expuesto, se denegarán las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos demandados.

5.6. COSTAS

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

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

RESUELVE

PRIMERO.- DENEGAR las súplicas de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
Juez

Firmado Por: **GLORIA JARAMILLO** **JUEZ** **JUZGADO 018** **DE LA CIUDAD DE SANTAFE DE**	JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 018 de hoy 02 de julio de 2021 a la hora de las 8.00 A.M. LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria	**MERCEDES VASQUEZ** **ADMINISTRATIVO BOGOTA, D.C.- 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: **8384687007d692aab5adab8b09bf42cda3ceba60477d1a3c8b71c9b9927c4289**
Documento generado en 01/07/2021 07:02:45 PM

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

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

Bogotá D. C., primero (1) de julio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso:	11-001-33-35-018-**2019**-00**428**-00
Demandante:	**JAVIER ALEXIS JUNCA VARGAS**
Demandado:	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Asunto:	SENTENCIA

El señor **JAVIER ALEXIS JUNCA VARGAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.737.846, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

Pretende el demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 24 de julio de 2019, frente a la petición elevada el 24 de abril de 2019, por medio de la cual solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la ley 1071 de 2006, por el pago tardío de una cesantía parcial.

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

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

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

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

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

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

1.2. HECHOS

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

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

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

1.2.3. Que por laborar como docente en los servicios educativos estatales, el actor le solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 17 de abril de 2017, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Que por medio de la Resolución No. 5999 del 28 de agosto de 2017, le fueron reconocidas las cesantías al actor, las cuales fueron canceladas el 25 de octubre del mismo año, por intermedio de entidad bancaria.

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

1.2.6. Que el actor solicitó la cesantía el 17 de abril de 2017, siendo el plazo para pagarla el día 1 de agosto de 2017, pero se realizó el 25 de octubre de 2017, por lo que trascurrieron 83 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelarla hasta el momento en que se efectuó el pago.

1.2.7. El 24 de abril de 2019, el actor solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

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

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

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

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

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

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

Agrega que el espíritu de la Ley 1071 de 2006, al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía del actor, está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 65 días después de haber realizado la petición, haciéndose el Fondo Prestacional del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

Aduce que el lapso de los 65 días o los 60 días que contempla la Ley 1071 de 2006, con el objeto de agotar el procedimiento de reconocimiento y pago de la cesantía, obedece a la necesidad de contabilizar el término necesario para que el acto administrativo que reconoció la prestación quede debidamente ejecutoriado conforme lo establece la ley.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **18 de mayo de 2020**, allegado vía correo electrónico el 10 de julio del mismo año, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso la excepción de **improcedencia de la condena en costas** en la que indicó que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede.

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

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

De otra parte, indicó que respecto al caso en concreto se evidenció lo siguiente: i) Que la fecha de solicitud de las cesantías fue el día 17 de abril de 2017, ii) que la fecha máxima de pago 70 días fue el 1 de agosto

de 2017 iii) la fecha en la cual efectivamente se realizó el pago fue el 26 de octubre del mismo año, y iv) el número de días de mora son 85.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte Demandante

El apoderado de la parte actora mediante escrito allegado el **2 de junio de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso: i) la calidad de docente del demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías, iii) el acto mediante el cual se reconoció la cesantía iv) la fecha en que se le canceló la prestación reconocida y v) la mora en el pago de la prestación.

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

4.2. Parte demandada.

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211181200591 del 30 de mayo de 2021**, allegado vía correo electrónico el **31 del mismo mes y año**, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, señalando que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en **85** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por el demandante.

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

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

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

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

4.3. Ministerio Público

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

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:

Frente a la excepción de **improcedencia de la condena en costas**, se advertir que no constituye un medio exceptivo sino que es un aspecto inherente al ejercicio de la acción.

V. CONSIDERACIONES

5.1. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.1.1. Resolución No. 5999 del 28 de agosto de 2017, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial al demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 17 de abril de 2017 (fls. 15 a 18).

5.1.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2019-72213 del 24 de abril de 2019, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el que el actor solicita el reconocimiento y pago de la sanción por mora (fls. 12 y 13).

5.1.3. Certificación expedida por la Fiduprevisora S.A, donde hace constar que el pago de las cesantías parciales quedó a disposición del demandante el 26 de octubre de 2017.

5.1.4. Desprendible de pago del Banco BBVA, donde consta que el pago de la cesantía parcial por valor de $5.256.868 pesos M/cte., fue realizado al actor el 7 de noviembre de 2017 (fl.17).

5.1.5. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 30 de septiembre de 2019, en la Procuraduría 131 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida (fls. 18 a 20).

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por el demandante el 24 de abril de 2019, ii) si el demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al

reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamada por el actor.

5.3. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado de la parte actora depreca la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por el demandante el 24 de abril de 2019 (fls. 12 y 13), mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 24 de abril de 2019 (fls. 12 y 13), tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.3.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

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

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

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

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.

5.4. CASO CONCRETO.

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

5.4.1. Categoría de servidor público del actor.

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

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

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que el señor Javier Alexis Junca Vargas, ostenta la calidad de docente vinculado a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación Distrital – sistema general de participaciones, Colegio Kimi Pernia Domico (fl. 15), calidad que le otorga la condición de servidor público y, por ende, es destinatario de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.4.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

En la sentencia de unificación referida, se determinaron las siguientes hipótesis para establecer el momento de exigibilidad de la mora, así: 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. 5999 del 28 de agosto de 2017, el demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **17 de abril 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 **9 de mayo de la misma anualidad**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **28 de agosto 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 **18 de abril 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 **1 de agosto de 2017**, suma que quedó a disposición del actor desde el **26 de octubre de 2017**, como consta en el oficio expedido por la FIDUPREVISORA S.A., incurriéndose en mora del **1 de agosto de 2017 al 25 de octubre de la misma anualidad.**

5.4.3. Salario base de liquidación.

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

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

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

Al respecto, siguiendo la línea jurisprudencial que fundamenta la presente decisión, como en el caso que nos ocupa se trata de la sanción originada en el incumplimiento de la entidad demandada respecto de una cesantía **parcial,** la asignación básica salarial a tenerse en cuenta

será la percibida para la época en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad.

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de la entidad empleadora comprende una anualidad (**1 de agosto de 2017 al 25 de octubre de la misma anualidad**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por el actor en los meses de agosto a octubre de 2017.

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

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

> *(…) 184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una penalidad económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.*
>
> *185. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.*
>
> *(…)*
>
> *187. De acuerdo con lo anterior, las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación,* ***siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa****.*
> *191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual,* ***la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.***

(…)".

Ahora bien, en sentencia del **26 de agosto de 2019**[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 liquida de dinero.*
>
> *De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia -art. 187 –y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.*
>
> *(…)".*

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

---

[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.

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 octubre de 2017** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por el señor Javier Alexis Junca Vargas el 24 de abril de 2019, al encontrarse incurso en causal de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **1 de agosto de 2017 y el 25 de octubre de la misma anualidad**.

El valor del salario es el vigente para los meses de agosto a octubre de 2017, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por el actor en dichos meses y año.

5.5. PRESCRIPCIÓN

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

[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.

reglamenta el Decreto 3135 de 1968"[4]; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral[5].

De conformidad con la normatividad en mención, el demandante contaba con tres años para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de su cesantía parcial, término que inició a correr a partir 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 **1 de agosto de 2017** y el señor Javier Alexis Junca Vargas formuló reclamación administrativa el **24 de abril de 2019** (fl. 12), en tanto la demanda se presentó el **18 de octubre de 2019** (fl. 21), de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.6. COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta

[4] **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.
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.

respecto de la petición elevada el **24 de abril de 2019**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2019-72213.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el No. **E-2019-72213 del 24 de abril de 2019**, a través de la cual el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías parciales.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer al señor **JAVIER ALEXIS JUNCA VARGAS**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.737.846, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **1 de agosto de 2017 y el 25 de octubre de la misma anualidad**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para los meses de agosto a octubre de 2017, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por el actor en dichos meses y año.

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **27 de octubre de 2017 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin costas a cargo de la parte demandada.

SEXTO: Exhortar a la Ministra de Educación Nacional, al Director del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Gerente de la Fiduprevisora S.A. como sujetos garantes del reconocimiento y pago

de las prestaciones sociales de los docentes estatales y de la administración de los recursos de dichas prestaciones, respectivamente, que adopten los correctivos necesarios frente a la tardanza que se presenta en el reconocimiento y pago de las cesantías de los educadores y así evitar la sanción moratoria.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 018 hoy 2 de julio 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:

6127ea66f232ce4581c6a1c9738b7e92de712ed80cfcb77bbdd79141229290a8

Documento generado en 01/07/2021 04:24:24 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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