



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

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

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00454-00**
Demandante: SHERLY PATRICIA GONZÁLEZ PINEDA
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **SHERLY PATRICIA GONZÁLEZ PINEDA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.897.869, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado frente a la petición elevada el 03 de julio de 2018 bajo el radicado No. E-2018-104785, por medio de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, de que trata la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado SUJ-012- del 18 de julio de 2018, y las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de una cesantía.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la sanción moratoria, de que trata la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, y las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 por el pago tardío de la cesantía reconocida a la actora mediante Resolución No. 4410 del 26 de agosto de 2015 expedida por la Secretaría de Educación; consistente en un día de salario por cada día de retardo.

A título de indemnización por los perjuicios morales ocasionados, se condene a la entidad demandada a reparar el daño producido a la demandante, por la actuación ilegal presentada con el acto impugnado, que originó detrimento en la subsistencia de la actora, daño estimado en 50 smmlv.

1.2. HECHOS

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

1.2.1. Radicó documentación completa para solicitar el pago de la cesantía parcial el 03 de marzo de 2015.

1.2.2. Mediante Resolución No. 4410 del 26 de agosto de 2015 se reconoció y ordenó el pago de la cesantía parcial solicitada.

1.2.3. El Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, a través del banco BBVA hizo efectivo el pago de la cesantía el 16 de marzo de 2016.

1.2.4. La Sentencia de Unificación del Consejo de Estado SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, y las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, establecen que el pago de esta prestación se debe hacer al cumplirse setenta días contados desde la radicación de la solicitud y erige como

sanción moratoria un día de salario por cada día de retardo, los cuales se cumplieron el 18 de junio de 2015.

1.2.5. La entidad demandada incurrió en mora de 271 días, contados desde el 19 de junio de 2015, esto es, un día después de cumplirse los 70 días de haber radicado la solicitud de reconocimiento de la prestación, hasta el 15 de marzo de 2016, un día antes de la fecha en la cual se canceló la cesantía.

1.2.6. El 03 de julio de 2018, bajo el radicado No. E-2018-104785 la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de la cesantía reconocida.

1.2.7. Mediante comunicados Nos. 10 – 2018 y 011 de 2018, dirigidos a las Secretarías de Educación Certificadas, la doctora Sandra Viviana Cadena Ramírez, en su calidad de Gerente Operativa del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reiteró el procedimiento para que se haga el reconocimiento y pago de una sanción por mora en el pago de la cesantía por vía administrativa y/o judicial, para lo cual se debe verificar que existe la mora y envió expediente a la Fiduprevisora para el pago.

1.2.8. La Secretaría de Educación informó que dio traslado de la petición y del expediente a la Fiduprevisora S.A., administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cuenta de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

1.2.9. La entidad demandada no ha resuelto de fondo la anterior solicitud, configurándose el silencio negativo y dando vía jurídica al acto ficto o presunto.

1.2.10. La docente devengaba como asignación básica mensual la suma de \$3.219.278 en el año 2016 pesos m/cte., lo que se traduce en \$107.309 pesos m/cte. como asignación básica diaria.

1.2.11. Se agotó la conciliación prejudicial.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 53 y 83 de la Constitución Política; 1, 2 y parágrafo de la Ley 244 de 1995; 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006; 2 – numeral 5, 3, 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 2.4.4.2.3.2, 22/23/24/25/26/27/28 del Decreto 1272 del 23 de julio de 2018; así como la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado SUJ-012-S2, fechada 18 de julio de 2018.

Señala que las falencias de la administración son susceptibles de enmienda siempre y cuando favorezcan a los administrados, más cuando se trata de derechos y prerrogativas consagradas en la Constitución, la cual protege al trabajo como fuente de derechos, pilar fundamental del Estado Social de Derecho (artículo 1º) como derecho fundamental (artículo 25) y como protección a los principios mínimos fundamentales a favor de los trabajadores (artículo 53).

Aduce que la entidad demanda burla el mandato constitucional, toda vez que le niega a la demandante el derecho a recibir el pago de la mora ocasionada por el pago tardío de la cesantía, con arreglo de las disposiciones legales, constitucionales y jurisprudenciales.

Manifiesta que el parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 le asignó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuenta especial de la Nación sin personería y autonomía administrativa, la competencia de atender los asuntos prestacionales de los docentes, entre ellos, el pago de la cesantía de los maestros de los establecimientos educativos del sector oficial; y se ocupó de citar ciertos apartes de la parte resolutive de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado SUJ-012-012-S2 del 18 de julio de 2018.

Agregó que, se trasgrede el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018, el cual ratifica el término de 70 días para que se haga efectivo el reconocimiento y pago de la cesantía, así como el establecimiento de que la sanción moratoria se paga con recursos del FOMAG, el cual debe asumir la

responsabilidad del pago en la mora en el pago de la cesantía a la actora por lo que solicitó resolver favorablemente las pretensiones de la demanda.

III. CONTESTACIÓN

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

i) Prescripción: Manifestó que ha operado este fenómeno de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2512 del Código Civil y 151 del Código Procesal del Trabajo.

Sostuvo que, si bien la Constitución Política protege las garantías de los trabajadores y, por ende, estas son irrenunciables e imprescriptibles, no sucede lo mismo con las consecuencias económicas del ejercicio de estos derechos, tal como lo señaló la H. Corte Constitucional en la sentencia C-916 del 16 de noviembre de 2010, la cual se ocupó de citar.

Igualmente, refirió que el Consejo de Estado en la providencia proferida el 15 de febrero de 2018, dentro del expediente No. 2013-00188, se pronunció frente al fenómeno prescriptivo y a través de la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, (CE-SUJ2-004-16), se precisó que el pago de la mora que está a cargo del empleador por el incumplimiento de sus obligaciones, como es el caso de la consignación de las cesantías, no son accesorios a dicha prestación y, en ese sentido, se debe dar aplicación al referido artículo 151 del C. P. T., según el cual las acciones prescriben en tres (3) años, contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible.

Afirmó que de las pruebas documentales obrantes en el plenario, se advierte que la demandante elevó la solicitud de las cesantías el **03 de**

marzo de 2015, razón por la cual el plazo para su reconocimiento y pago feneció el **18 de junio de dicha anualidad**, prestación que fue cancelada el **1 de diciembre de 2015**, configurándose un total de **165 días de mora**; no obstante, operó la prescripción de la acción, en la medida que la reclamación administrativa se presentó hasta el **03 de julio de 2018**, esto es, 3 años y 16 días posteriores a la exigibilidad del derecho.

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

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

Por su parte, el apoderado de la actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **25 de enero de 2021**, describió el traslado de las referidas excepciones, en forma oportuna, oponiéndose a su prosperidad.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora mediante escrito allegado el **24 de mayo de 2021**¹, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión, solicitando despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, y advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso i) la solicitud del reconocimiento y pago de una cesantía por parte de la actora, (ii) el día en que se hizo efectivo el pago de la misma, ii) la fecha en que debía pagarse y la confesión al respecto hecha por la parte demandada, iii) los días que debe de mora la entidad demandada, iv) la fecha en que fue solicitado el pago de la mora, y v) la ausencia de respuesta frente a la misma.

Afirmó que el término para reclamar la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía es de tres años contados desde la fecha en que se hizo efectivo el pago de las cesantías; de manera que no hay lugar a la prescripción en el caso concreto y que tampoco hay lugar a ello si se tomara como cierto el criterio de la demandada según el cual la mora fue interrumpida en la fecha en que se pusieron a disposición los recursos.

Indicó que está demostrado el daño antijurídico (pago tardío de la cesantía), sin perjuicio de lo cual la entidad demandada pretende negar el pago de la sanción moratoria y los perjuicios reclamados en la demanda.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211181200701 del 30 de mayo de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico el día 31 del mismo mes y año, señaló que la entidad incurrió en **165** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

¹ La radicación se realizó el sábado 22 de mayo de 2021, razón por la cual se toma como fecha el día hábil siguiente.

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

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

Así mismo, reiteró que en el presente caso **operó el fenómeno jurídico de la prescripción**, tal como se consignó en la contestación de la demanda.

4.3. Agente del Ministerio Público

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Frente a la excepción de improcedencia de la indexación de la sanción moratoria, este Despacho considera que tal argumento no sólo se opone

a las pretensiones de la demanda, sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera constituye excepción de mérito que impida resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

En relación con la improcedencia de condena en costas, cabe advertir que no constituye un medio exceptivo, sino que es un aspecto inherente al ejercicio de la acción.

Respecto a la excepción de prescripción del derecho, la misma será resuelta en el acápite correspondiente.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.2.1. Resolución No. 4410 del 26 de agosto de 2015, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 03 de marzo de 2015 y su notificación (fls. 12 a 15).

5.2.2. Desprendible de pago del Banco BBVA, donde consta que el pago de la cesantía parcial por valor de \$2.777.500 pesos m/cte., fue realizado a la actora el 16 de marzo de 2016 (fl. 16).

5.2.3. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2018-104785 del 03 de julio de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el que la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora, así como la indexación, los perjuicios morales y los intereses (fls. 17 a 22).

5.2.4. Certificado de Salarios de la actora, expedidos por la Secretaría de Educación de Bogotá (fl. 23).

5.2.5. Comunicado No. 010 del 2018, suscrito por la Gerente Operativa del FOMAG, dirigido a las Secretarías de Educación certificadas bajo el asunto “[r]eiteración de cambios a los procesos para Sentencias Judiciales y pago de sanción por mora por vía administrativa” (fls. 24 y 25).

5.2.6. Oficio con radicado No. S-2018-152455, mediante el cual la Dirección de Talento Humano de la Secretaría de Educación del Distrito dio respuesta al radicado E-2018-104785 aduciendo que se remitiría a la Fiduprevisora por competencia para resolver de fondo (fl. 26 a 28).

5.2.7. Conciliación extrajudicial llevada a cabo en la Procuraduría 187 Judicial I para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida (fl. 29).

5.2.8. Certificación del 11 de marzo de 2020, expedida por la FIDUPREVISORA, en la que consta que las cesantías quedaron a disposición de la demandante el 01 de diciembre de 2015.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el 03 de julio de 2018, ii) si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamada por la actora y, (iv) si se deben reconocer los perjuicios morales alegados por la demandante por concepto del daño presuntamente producido.

Adicionalmente, se deberá establecer si a pesar de tener derecho al reconocimiento por la mora en el pago, operó o no la prescripción

extintiva del mismo, por haberse reclamado con posterioridad al término previsto para el efecto.

5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

La apoderada de la parte actora depreca la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por la demandante el 03 de julio de 2018, mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 03 de julio de 2018, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

(...)”.

Lo anterior obedece a que mediante el oficio No. S-2018-152455, la Secretaría de Educación del Distrito informó que trasladaba a la Fiduciaria la Previsora S.A. la petición radicada por la demandante.

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

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

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

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

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

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

A su vez, el artículo 5° estableció “**MORA EN EL PAGO.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que

ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

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

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

5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017², 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

² 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.

indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.5. CASO CONCRETO.

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

5.5.1. Categoría de servidora pública de la actora.

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

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

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora Sherly Patricia González Pineda, ostenta la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación distrital – Sistema General de Participaciones, IED ALEMANIA SOLIDARIA (fl. 12), calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.5.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

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

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 4410 del 26 de agosto de 2015 (fl. 12) la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales

el **03 de marzo de 2015**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **25 de marzo de 2015**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **26 de agosto de 2015**, esto es, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles desde el **04 de marzo de 2015**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **18 de junio de 2015**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **01 de diciembre de 2015**, como consta en la certificación expedida por la FIDUPREVISORA S.A., allegado con la contestación de la demanda, incurriéndose en mora del **18 de junio de 2015 al 30 de noviembre de 2015**.

5.5.3. Salario base de liquidación.

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

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

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

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

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de la entidad empleadora comprende una anualidad (**18 de junio de 2015 al 30 de noviembre de 2015**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de junio a noviembre de 2015.

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)”.

Ahora bien, en sentencia del **26 de agosto de 2019**³, dicha Corporación Judicial se ocupó de precisar la frase consignada en la sentencia arriba citada que indica “...Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.”, debido a que había lugar a varias interpretaciones, señalando sobre el particular:

“(..)

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

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

(...)”.

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

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

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

Ahora bien, sería del caso acceder a las súplicas de la demanda; sin embargo, como se verá en el acápite siguiente, no hay lugar al reconocimiento y pago de la sanción moratoria deprecada, dado que se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva del derecho.

5.6. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará la excepción de prescripción extintiva del derecho, propuesta por la entidad demandada, bajo las siguientes consideraciones:

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

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

Por su parte, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, señaló:

“ARTÍCULO 102.- PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

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

A su turno, el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, contempló:

“ARTICULO 151. PRESCRIPCIÓN. *Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, obre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”.*

Ahora bien, el H. Consejo de Estado en Sentencia del 23 de septiembre de 2010⁴, sobre el fenómeno prescriptivo advirtió:

“(…)

Prescripción de Derechos

La prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva.

La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual esta (sic) fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados so pena de perder dicha administración”.

Así las cosas, no queda duda que el término en que se configura la prescripción extintiva es de tres (3) años, contados a partir de la fecha en que se haya hecho exigible el derecho, la cual se interrumpe con la simple reclamación escrita ante la entidad, pero por un lapso igual; esto es 3 años contados a partir de la solicitud.

En el caso particular de la señora Sherly Patricia González Pineda, se encuentra debidamente acreditado que presentó la petición de liquidación de sus cesantías parciales ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación de Bogotá el **03 de marzo de 2015** y que el pago debió realizarse a más

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado -Sección Segunda – Subsección “B”, C. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Sentencia del 23 de septiembre de 2010, radicación No. 47001-23-31-000-2003-00376-01(1201-08)

tardar el **18 de junio de dicho año**, fecha desde la cual se hizo exigible el derecho de la actora a solicitar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, por lo que contaba con tres (3) años para deprecar el derecho reclamado ante la entidad demandada, esto es, hasta el **18 de junio de 2018**, término que se interrumpía por una sola vez, con la reclamación administrativa, al tenor de lo establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

No obstante lo anterior, la parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías el **03 de julio de 2018**, superado el término de tres (3) años que dispone la norma para que opere el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva del derecho, razón por la cual, debe declararse probada la referida excepción y, en consecuencia, denegar las pretensiones de la demanda.

5.7. 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 parte demandante en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe, por lo cual no se condenará en costas.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, propuesta por la entidad demandada.

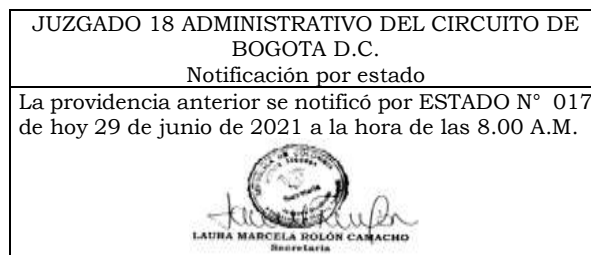
SEGUNDO: DENEGAR las súplicas de la demanda conforme a lo expuesto en la presente providencia.

TERCERO: Sin condena en costas a cargo de la parte demandante.

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

Notifíquese y Cúmplase

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ



Firmado Por:

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ

JUEZ

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

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

Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 2019-00454

Código de verificación:

a671021b6d4bc212e4d5646fcab8177bc16f3c3a1bcfc0f3d6cb079c7a03ee17

Documento generado en 25/06/2021 12:38:57 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., veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso:	11-001-33-35-018- 2019-00475-00
Demandante:	JUAN CARLOS RAMÍREZ SILVA
Demandado:	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Asunto:	SENTENCIA

El señor **JUAN CARLOS RAMÍREZ SILVA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.489.737, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

Pretende el demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 26 de diciembre de 2018, frente a la petición elevada el 26 de septiembre de 2018, por medio de la cual solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la ley 1071 de 2006, por el pago tardío de una cesantía parcial.

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

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

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

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

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

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

1.2. HECHOS

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

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

1.2.2. Que el parágrafo 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 14 de julio de 2017, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Que por medio de la Resolución No. 1188 del 13 febrero de 2018, le fueron reconocidas las cesantías a el actor, las cuales fueron canceladas el 27 de marzo del mismo año, por intermedio de entidad bancaria.

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

1.2.6. Que el actor solicitó la cesantía el 14 de julio de 2017, siendo el plazo para pagarla el día 26 de octubre de 2017, pero se realizó el 27 de marzo de 2018, por lo que trascurrieron 150 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelarla hasta el momento en que se efectuó el pago.

1.2.7. El 26 de septiembre de 2018, el actor solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

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

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

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

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

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

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

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

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

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **30 de abril 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.

Señaló 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 14 de julio de 2017, ii) que la fecha máxima de pago 70 días fue el 27 de

octubre de 2017 iii) la fecha en la cual efectivamente se realizó el pago fue el 27 de marzo de 2018, y iv) el número de días de mora son 150.

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, advirtiéndole que se encuentra acreditado dentro del proceso: i) la calidad de docente del demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías, 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. 20211181241661 del 1 de junio de 2021**, allegado vía correo electrónico el **3 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 **150** 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. 1188 del 13 febrero de 2018, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial al demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 14 de julio de 2017 y acta de notificación personal (fls. 16 a 19).

5.1.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2018-147553 del 26 de septiembre de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el que el actor solicita el reconocimiento y pago de la sanción por mora (fls. 13 y 14).

5.1.3. Extracto de intereses a las cesantías expedida por la FIDUPREVISORA, donde consta que el pago de la cesantía parcial por valor de \$10.822.411 pesos M/cte., fue realizado al actor el 27 de marzo de 2018 (fl. 20).

5.1.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 16 de octubre de 2019, en la Procuraduría 138 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida (fls. 21 a 31).

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 26 de septiembre de 2018, ii) si el demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el

IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamada por el actor.

5.3. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado de la parte actora deprecia la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por el demandante el 26 de septiembre de 2018 (fls. 13 y 14), mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 26 de septiembre de 2018 (fls. 13 y 14), tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

(...)”.

5.3.1. 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 1º consagra que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las*

Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley”.

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

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

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

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

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

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

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

5.3.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

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

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

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

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.

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 Juan Carlos Ramírez Silva, ostenta la calidad de docente vinculado a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación Distrital – sistema general de participaciones, IED Manuel Cepeda Vargas (fl. 16), calidad que le otorga la condición de servidor público y, por ende, es destinatario de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.4.2. 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. 1188 del 13 febrero de 2018, el demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **14 de julio 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 **8 de agosto de la misma anualidad**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **13 de febrero de 2018**,

es decir, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **17 de julio de 2017**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **26 de octubre de 2017**, suma que quedó a disposición del actor desde el **27 de marzo de 2018**, como consta en el oficio expedido por la FIDUPREVISORA S.A., incurriéndose en mora del **26 de octubre de 2017 al 26 de marzo de 2018**.

5.4.3. Salario base de liquidación.

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

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

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

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

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de la entidad empleadora comprende dos anualidades (**26 de octubre de 2017 al 26 de marzo de 2018**), 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 octubre a diciembre de 2017 y de enero a marzo de 2018.

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)”.

Ahora bien, en sentencia del **26 de agosto de 2019**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.

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

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.

siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **28 de marzo de 2018** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

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

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

5.5. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*³; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*⁴; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁵.

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

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

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

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.

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 **26 de octubre de 2017** y el señor Juan Carlos Ramírez Silva formuló reclamación administrativa el **26 de septiembre de 2018** (fl. 13), en tanto la demanda se presentó el **19 de noviembre de 2019** (fl. 34), 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 respecto de la petición elevada el **26 de septiembre de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2018-147553.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el No. **E-2018-147553 del 26 de septiembre de 2018**, a través de la cual el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías parciales.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer al señor **JUAN CARLOS RAMÍREZ SILVA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.489.737, 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 **26 de octubre de 2017 y el 26 de marzo de 2018**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

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

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **28 de marzo de 2018 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin costas a cargo de la parte demandada.

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

presenta en el reconocimiento y pago de las cesantías de los educadores y así evitar la sanción moratoria.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 017 de hoy 29 de junio de 2021 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

Firmado Por:

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 2019-00475*

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:

3776b62d6082f312eff82da6ff0f1f8583c30f657bab978871d95a9d2353fc2

1

Documento generado en 27/06/2021 09:22:25 a. m.

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., veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso:	11-001-33-35-018- 2019-00476 -00
Demandante:	SANDRA JANNETH HINCAPIÉ GUTIÉRREZ
Demandado:	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Asunto:	SENTENCIA

La señora **SANDRA JANNETH HINCAPIÉ GUTIÉRREZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.039.882, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 4 de julio de 2019, frente a la petición elevada el 4 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 la demandante tiene derecho a que la parte demandada le reconozca y pague la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que le hicieron efectivo el pago.
- ii) Reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios que se causen a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia que se profiera en el proceso, hasta que se 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 la demandante alude a los siguientes hechos:

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

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

1.2.3. Que por laborar como docente en los servicios educativos estatales, la actora le solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día

21 de febrero de 2018, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Que por medio de la Resolución No. 4572 del 8 de mayo de 2018, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 23 de agosto de 2018, por intermedio de entidad bancaria.

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

1.2.6. Que la actora solicitó la cesantía el 21 de febrero de 2018, siendo el plazo para pagarla el día 7 de junio de 2018, pero se realizó el 23 de agosto de 2018, por lo que trascurrieron 75 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 4 de abril de 2019, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

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

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

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

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

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

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

Agrega que el espíritu de la Ley 1071 de 2006, al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía de la actora, está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 65 días después de haber realizado la petición, haciéndose el Fondo Prestacional del

Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

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

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **30 de abril 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 21 de febrero de 2018, ii) que la fecha máxima de pago 70 días fue el 7 de junio de 2018 iii) la fecha en la cual efectivamente se realizó el pago fue el 23 de agosto del mismo año, y iv) el número de días de mora son 75.

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, advirtiéndole que se encuentra acreditado dentro del proceso: i) la calidad de docente de la demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías parciales, iii) el acto mediante el cual se reconoció la cesantía parcial, iv) la fecha en que se le canceló la prestación reconocida y v) la mora en 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. 20211181241691 del 1 de junio de 2021**, allegado vía correo electrónico el 3 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 **75** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

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

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

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

4.3. Ministerio Público

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

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:

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

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.2.1. Resolución No. 4572 del 8 de mayo de 2018, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 21 de febrero de 2018 (fls. 16 a 17).

5.2.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2019-62156 del 4 de abril de 2019, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el que la actora solicita el reconocimiento y pago de la sanción por mora (fls. 13 y 14).

5.2.3. Certificación expedida por la Fiduprevisora S.A, donde hace constar que el pago de las cesantías parciales quedó a disposición de la demandante el 23 de agosto de 2018 (fl. 18).

5.2.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 10 de octubre de 2019, en la Procuraduría 11 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida (fls. 19 a 24).

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el 4 de abril de 2019, ii) si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC,

frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamada por la actora.

5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado de la parte actora deprecia la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por la demandante 4 de abril de 2019 (fls. 13 a 14), mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 4 de abril de 2019 (fls. 13 a 14), tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

(...)”.

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

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

Así, el artículo 1° consagra que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los*

órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley”.

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

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

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

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

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

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

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

5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

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

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

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

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para

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.

el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.

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

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

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

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

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

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

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

en el artículo 53 de la Constitución". (Resaltado fuera del texto original).

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

5.5. CASO CONCRETO.

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

5.5.1. Categoría de servidora pública de la actora.

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

En ese sentido, señala que *"...a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los*

servidores públicos, siendo consonante esta posición con la adoptada por la Corte Constitucional...”.

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora Sandra Janneth Hincapié Gutiérrez, ostenta la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación Distrital- sistema general de participaciones, CED Bosanova (fl. 16), calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.5.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

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

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 4572 del 8 de mayo de 2018, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **21 de febrero de 2018**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **14 de marzo de la misma anualidad**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **8 de mayo de 2018**, es decir, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente

asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **22 de febrero de 2018**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **7 de junio de 2018**, suma que quedó a disposición de la actora desde el **23 de agosto de 2018**, como consta en el oficio expedido por la FIDUPREVISORA S.A., obrante a folio 18 del expediente, incurriéndose en mora del **7 de junio de 2018 al 22 de agosto de la misma anualidad**.

5.5.3. Salario base de liquidación.

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

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

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

Al respecto, siguiendo la línea jurisprudencial que fundamenta la presente decisión, como en el caso que nos ocupa se trata de la sanción originada en el incumplimiento de la entidad demandada respecto de una cesantía **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 (**7 de junio de 2018 al 22 de agosto de la misma anualidad**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de junio a agosto de 2018.

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)”.

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

“(...)

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

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

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.

siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **24 de agosto de 2018** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la señora Sandra Janneth Hincapié Gutiérrez el 4 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 **7 de junio de 2018 y el 22 de agosto de la misma anualidad.**

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

5.6. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*³; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*⁴; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁵.

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

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

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

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.

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

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía parcial, se hizo exigible a partir del **7 de junio de 2018** y la señora Sandra Janneth Hincapié Gutiérrez formuló reclamación administrativa el **4 de abril de 2019** (fl. 12), en tanto la demanda se presentó el **19 de noviembre de 2019** (fl. 25), de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.7. COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta respecto de la petición elevada el **4 de abril de 2019**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2019-62156.

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-2019-62156 del 4 de abril de 2019**, a través de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías parciales.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **SANDRA JANNETH HINCAPIÉ GUTIÉRREZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.039.882, 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 **7 de junio de 2018 y el 22 de agosto 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 junio a agosto de 2018, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **24 de agosto de 2018 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin costas a cargo de la parte demandada.

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

presenta en el reconocimiento y pago de las cesantías de los educadores y así evitar la sanción moratoria.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 017 de hoy 29 de junio de 2021 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

Firmado Por:

Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 2019-00476

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:

**b3e359500564574716169f1fc1455e4fbdc30f4778d9897dd1142e22ed7b5
950**

Documento generado en 25/06/2021 12:03:20 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., veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso:	11-001-33-35-018- 2019-00491-00
Demandante:	MARÍA LUZ DARY CARRILLO GUZMÁN
Demandado:	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Asunto:	SENTENCIA

La señora **MARÍA LUZ DARY CARRILLO GUZMÁN**, identificada con cédula de ciudadanía No. 24.573.154, 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 EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 8 de abril de 2019, frente a la petición elevada el 8 de enero 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 la demandante tiene derecho a que la parte demandada le reconozca y pague la sanción por mora establecida en las

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

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

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

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

1.2. HECHOS

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

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

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

1.2.3. Que por laborar como docente en los servicios educativos estatales, la actora le solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 15 de junio de 2016, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Que por medio de la Resolución No. 6603 del 23 de septiembre de 2016, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 28 de noviembre de 2016, por intermedio de entidad bancaria.

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

1.2.6. Que la actora solicitó la cesantía el 15 de junio de 2016, siendo el plazo para pagarla el día 26 de septiembre de 2016, pero se realizó el 28 de noviembre de la misma anualidad, por lo que trascurrieron 61 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 8 de enero de 2019, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

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

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

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

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

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

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

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

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

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **11 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 15 de junio de 2016, ii) que la fecha máxima de pago 70 días fue el 26 de

septiembre de 2016 iii) la fecha en la cual efectivamente se realizó el pago fue el 28 de noviembre del mismo año, y iv) el número de días de mora son 61.

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 de la demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías parciales, iii) el acto mediante el cual se reconoció la cesantía parcial, iv) la fecha en que se le canceló la prestación reconocida y v) la mora en 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. 20211181200731 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 **61** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

No obstante lo anterior, solicita no acceder a la indexación de la sanción moratoria, de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, jurisprudencia que determinó que la

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

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

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

4.3. Ministerio Público

Se advierte que 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.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.2.1. Resolución No. 6603 del 23 de septiembre de 2016, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 15 de junio de 2016 (fls. 15 a 17).

5.2.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2019-1626 del 8 de enero de 2019, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el que la actora solicita el reconocimiento y pago de la sanción por mora (fls. 12 y 13).

5.2.3. Extracto de intereses a las cesantías expedida por la FIDUPREVISORA, donde consta que el pago de la cesantía parcial por valor de \$17.261.030 pesos M/cte., fue realizado a la actora el 28 de noviembre de 2016 (fl. 19).

5.2.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 12 de noviembre de 2019, en la Procuraduría 119 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida (fls. 21 y 22).

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el 8 de enero de 2019, ii) si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamada por la actora.

5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado de la parte actora deprecia la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por la demandante 8 de enero 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 8 de enero 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.*

(...)”.

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

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

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

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

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

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

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

*PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías **definitivas o parciales** de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por*

cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.” (Negritillas fuera del texto original)

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

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

5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

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

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

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

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

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.

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

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

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

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

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

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

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

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

5.5. CASO CONCRETO.

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

5.5.1. Categoría de servidora pública de la actora.

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

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

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora María Luz Dary Carrillo Guzmán, ostenta la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación Distrital- recursos propios- Colegio Veintiún Ángeles (fl. 15), calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.5.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

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

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 6603 del 23 de septiembre de 2016, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **15 de junio de 2016**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **7 de julio de la misma anualidad**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **23 de septiembre de 2016**, 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 **16 de junio de 2016**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **26 de septiembre de 2016**, suma que quedó a disposición de la actora desde el **28 de noviembre de 2016**, como consta en el oficio expedido por la FIDUPREVISORA S.A., obrante a folio 19 del expediente, incurriéndose en mora del **26 de septiembre de 2016 al 27 de noviembre de la misma anualidad**.

5.5.3. Salario base de liquidación.

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

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

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

Al respecto, siguiendo la línea jurisprudencial que fundamenta la presente decisión, como en el caso que nos ocupa se trata de la sanción originada en el incumplimiento de la entidad demandada respecto de una cesantía **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 **(26 de septiembre al 27 de noviembre de 2016)**, razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de septiembre a noviembre de 2016.

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)”.

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

“(...)

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

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

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.

siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **29 de noviembre de 2016** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la señora María Luz Dary Carrillo Guzmán el 8 de enero 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 **26 de septiembre de 2016 y el 27 de noviembre de la misma anualidad.**

El valor del salario es el vigente para los meses de septiembre a noviembre de 2016, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

5.6. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*³; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*⁴; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁵.

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

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

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

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.

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

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía parcial, se hizo exigible a partir del **26 de septiembre de 2016** y la señora María Luz Dary Carrillo Guzmán formuló reclamación administrativa el **8 de enero de 2019** (fl. 12), en tanto la demanda se presentó el **29 de noviembre de 2019** (fl. 23), de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.7. COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta respecto de la petición elevada el **8 de enero de 2019**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2019-1626.

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-2019-1626 del 8 de enero de 2019**, a través de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías parciales.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **MARÍA LUZ DARY CARRILLO GUZMÁN**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 24.573.154, 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 **26 de septiembre de 2016 y el 27 de noviembre 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 septiembre a noviembre de 2016, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **29 de noviembre de 2016 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin costas a cargo de la parte demandada.

SEXTO: Exhortar a la Ministra de Educación Nacional, al Director del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Gerente de la Fiduprevisora S.A. como sujetos garantes del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes estatales y de la administración de los recursos de dichas prestaciones, respectivamente,

que adopten los correctivos necesarios frente a la tardanza que se presenta en el reconocimiento y pago de las cesantías de los educadores y así evitar la sanción moratoria.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 017 de hoy 29 de junio de 2021 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAÑACHO Secretaría

Firmado Por:

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ

JUEZ

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

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

Código de verificación:

**339151ab6ab980f19eac03569b16cc9be08c7527ffa79c4888af4a9cb36683
54**

Documento generado en 27/06/2021 01:15:28 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., veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso:	11-001-33-35-018- 2020-00014-00
Demandante:	MARÍA LUISA LEAL ARAZÁN
Demandados:	MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
Asunto:	SENTENCIA

La señora **MARÍA LUISA LEAL ARAZÁN**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.600.752, 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, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES. La parte demandante pretende:

1.1.1. Que por vía de excepción se inaplique por inconstitucional el Decreto 1158 de 1994, con fundamento en el artículo 4° de la Constitución Política.

1.1.2. Que se declare la nulidad de los Oficios Nos. OFI19-67231, OFI19-67178, amos del 23 de julio del 2019 y OFI19-75744 del 16 de agosto de la misma anualidad, por medio de los cuales el Ministerio de Defensa Nacional, negó la inaplicación por inconstitucional del Decreto 1158 de 1994, así como las cotizaciones a pensión, salud o riesgos profesionales, respecto de factores que no se encuentren contenidos en dicha disposición legal y resolvió el recurso de reposición interpuesto contra dicha decisión, confirmándola en su integridad - *respectivamente*.

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 reajustar el Ingreso Base de Cotización de la Seguridad Social (IBC), desde que ingresó al Ministerio de Defensa Nacional, debidamente actualizados conforme al cambio en el Índice de Precios al Consumidor (IPC), certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) y, en adelante, incluyendo para su cálculo los siguientes factores salariales: sueldo básico, subsidio de alimentación, las primas de servicio, alimentación, actividad y antigüedad.

1.1.4. Asumir el reajuste del aporte que debe pagar la servidora pública, o en su defecto, se dé un plazo de diez (10) años para cancelar esta suma, la cual será descontada mensualmente de su salario o de su pensión pagadera por la Administradora de Pensiones correspondiente.

1.1.5. Consignar a la Administradora de Pensiones los aportes en mora, toda vez que se está causando graves perjuicios a la demandante y al Sistema General de la Seguridad Social por la omisión y el no pago de los mismos.

1.1.6. Pagar las costas procesales.

1.2. HECHOS.

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

1.2.1. La demandante ingresó a la planta global del Ministerio de Defensa Nacional, con un tiempo de servicio mayor a veintidós (22) años y como remuneración por la labor que presta, devenga: sueldo básico, subsidio familiar y las primas de servicio, alimentación, actividad y antigüedad.

1.2.2. El Decreto Ley 1214 de 1990 *“Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional,*

en el artículo 102, contempla las partidas computables para prestaciones sociales, norma que se encuentra vigente, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 114 del Decreto 1792 de 2000.

1.2.3. A los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional hasta el 1 de abril de 1994, que hacían parte del régimen especial pensiones del Ministerio de Defensa, se les tenían en cuenta los factores salariales contenidos en el Decreto Ley 1214 de 1990, como base de cotización para la pensión.

1.2.4. Con la expedición de la ley 100 de 1993, se eliminó los regímenes especiales dejando solo el de las Fuerzas Militares y de Policía o Personal uniformado y el régimen de transición del Decreto - Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de dicha Ley.

1.2.5. Debido a la promulgación de la ley 100 de 1993, se expidió el Decreto reglamentario 691 de 1994, que incorporó a los servidores públicos al Sistema General de Pensiones.

1.2.6. El Decreto 1158 de 1994, determinó la base de cotización para el Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, cuyos factores fueron tomados expresamente de la Ley 33 de 1985, *“Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.”*

1.2.7. Los servidores públicos del Orden Nacional vinculados con el Ministerio de Defensa Nacional, nunca estuvieron regidos por las Leyes 6 de 1945 y 33 de 1985, sino que tenían un régimen especial, que al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, era el Decreto 1214 de 1990, norma aún vigente en materia salarial y prestacional.

1.2.8. Que el Ministerio de Defensa Nacional con su interpretación de no cotizar para pensión la totalidad de factores salariales, invocando el Decreto reglamentario 1158 de 1994, modificó arbitrariamente un decreto con fuerza de ley.

1.2.9. Mediante escrito radicado el 12 de julio de 2019, se elevó una solicitud a la entidad demandada, la cual fue resuelta, a través de los Oficios No. OFI19-67231 y OFI19- 67178, ambos del 23 de julio del 2019.

1.2.10. Contra las decisiones adoptadas se interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación y por medio del Oficio No. OFI19-75744 16 de agosto de 2019, notificado el 21 de agosto de 2019, la entidad demandada confirmó la negativa a los requerimientos efectuados.

1.2.11. El 2 de diciembre de 2019, se realizó audiencia de conciliación extrajudicial, ante la Procuraduría 192 Judicial I para Asuntos Administrativos, la cual fue declarada fallida al no existir ánimo conciliatorio por parte de la entidad accionada.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; el Decreto 1214 de 1990 y las Leyes 4º de 1992 y 100 de 1993, estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

Señaló que la H. Corte Constitucional aclaró la diferencia existente entre los decretos con fuerza de ley y los reglamentarios, siendo los primeros expedidos con fundamento en una ley de facultades extraordinarias otorgadas por el legislador ordinario, de conformidad con lo previsto en el artículo 150 de la Constitución Política, mientras que los segundos son emitidos por el Ejecutivo ejerciendo la potestad reglamentaria de las leyes, facultad que le confiere el artículo 189 *ejusdem*, los cuales carecen de fuerza de ley, siendo meros actos administrativos sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

Indicó que la Ley 100 de 1993, no derogó o modificó los factores salariales del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, pues están consagrados en el Decreto No. 1214 de 1990.

Aludió que la Ley 100 de 1993, únicamente integró al personal civil del Ministerio de Defensa al Sistema General de Seguridad de Social, sin

revocar lo relativo a factores salariales, los cuales son percibidos actualmente por la demandante.

Sostuvo que el Decreto 1158 de 1994, respetó los factores salariales de los servidores públicos que venían rigiéndose por la Ley 33 de 1985, normatividad que no era aplicable a los funcionarios del régimen especial del Ministerio de Defensa Nacional.

Manifestó que las partidas salariales de los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional están vigentes, esto es, el Decreto Ley 1214 de 1990, el cual se deben tener en cuenta para el ingreso base de cotización para pensión y no las establecidas en el Decreto Reglamentario 1158 de 1994, en la medida que no derogó lo dispuesto en el referido decreto ley, pues su naturaleza jurídica no se lo permite.

Adujo que el Ministerio de Defensa Nacional, al no reconocer la totalidad del salario de sus servidores públicos, frente al ingreso base de cotización para sus pensiones, está desmejorando abiertamente sus salarios y prestaciones sociales, en la medida que hace a un lado los fines esenciales del Estado, impidiendo la garantía a la seguridad social; amén, que desconoce el principio consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, según el cual, en caso de duda, se debe tener en cuenta la condición más beneficiosa para el trabajador.

Afirmó que el Estado ha consagrado en la legislación nacional principios y reglas que propenden por garantizar condiciones óptimas y dignas para el desarrollo del trabajo, normativa que está en consonancia con los convenios y tratados internacionales que ha ratificado y suscrito, los cuales se ocupó de citar y que son vinculantes para las autoridades nacionales, como parte del bloque de constitucionalidad.

Precisó que el Ministerio de Defensa Nacional con la aplicación del Decreto Reglamentario 1158 de 1994, contrarió los criterios establecidos en la Ley 4° de 1992, que estableció que de ninguna manera se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales.

III. CONTESTACIÓN

El apoderado del Ministerio de Defensa Nacional, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **31 de julio de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Refirió que el personal civil vinculado como servidor público al Ministerio de Defensa Nacional, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, hace parte de la excepción prevista en el artículo 279 de dicha norma y, por ende, se rige en su integralidad por las disposiciones del Sistema General de Seguridad Social.

Indicó que, pese a tal excepción, el personal civil vinculado al Ministerio de Defensa Nacional percibe su asignación mensual, de conformidad con las disposiciones que se mantienen vigentes respecto del régimen salarial contenido en el Decreto 1214 de 1990, por expresa disposición del artículo 114 del Decreto 1792 de 2000.

Aludió que el mantener vigente el régimen salarial para liquidar la asignación básica mensual con las partidas, primas y subsidios establecidas en los artículos 38, 39, 46 y 49 del Decreto 1214 de 1990, **no implica que la liquidación de aportes al Sistema General de Pensiones deba realizarse con las disposiciones del régimen especial**, como quiera que el legislador estableció claramente las excepciones.

Sostuvo que la liquidación de aportes del Sistema General de Pensiones con las partidas del régimen especial que componen la asignación básica mensual de los servidores públicos del Ministerio de Defensa Nacional (Decreto 1214 de 1990), implica un quebrantamiento del ordenamiento jurídico que desconocería flagrantemente el principio de inescindibilidad normativa, consistente en tomar apartes favorables de uno u otro régimen para liquidar salarios, prestaciones y pensiones, creando un tercer régimen insostenible y de gran impacto fiscal, sobre el cual no se han venido realizando los aportes, teniendo que apartarse la administración de su

actuación legal en la forma de liquidar establecida para todos los servidores públicos que pertenecen al régimen general.

Manifestó que no puede pretender la parte actora, que el Ministerio de Defensa Nacional desconozca la reglamentación de la Ley 100 de 1993, a través de los Decretos 691 y 1158 de 1994, pues por expresa disposición contenida en el artículo 15 numeral 1º, todos los servidores públicos fueron afiliados en forma obligatoria al Sistema General de Pensiones.

Adujo que la demandante se vinculó al Ministerio de Defensa Nacional, a partir del mes de mayo de 1997, razón por la cual su liquidación salarial se efectúa con la asignación básica mensual que anualmente dispone el Gobierno Nacional, de conformidad con el grado que ostenta, siendo incrementado por las primas y subsidios que establece el Decreto 1214 de 1990, esto es, prima de actividad, subsidio de alimentación, prima de servicio y subsidio familiar, los cuales **no constituyen factor salarial**.

Afirmó que la actora hace parte del Sistema General de Seguridad Social, por la afiliación obligatoria dispuesta en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 y, por lo tanto, la liquidación de aportes al Sistema General de Pensiones se efectúa al tenor de lo establecido en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994.

Precisó que la actuación de la administración en el pago de aportes a pensión de la servidora pública, se encuentra ajustada a derecho, en razón a la presunción de legalidad de los decretos reglamentarios y de conformidad con los pronunciamientos judiciales relativos a la libertad de configuración del legislador para definir cuales partidas constituyen factor salarial.

De otro lado, propuso las excepciones de:

3.1.1. Ineptitud sustantiva de la demanda: Arguyó que la presunta violación que se alega no es manifiesta, palmaria o flagrante, en virtud de lo dispuesto por el Consejo de Estado en la providencia proferida el 11 de noviembre de 2010, que se ocupó de citar.

Afirmó que la parte actora se aparta de lo señalado en la referida providencia judicial, en la medida que, sin fundamento, plantea una supuesta modificación del Decreto 1214 de 1990, con la aplicación incólume del Decreto 691 de 1994, modificado por el Decreto 1158 de la misma anualidad y señaló que no se puede pretender que después de 20 años de realizar aportes a la seguridad social, se considere la aplicación de una figura jurídica invocada a la luz de una interpretación errónea, confusa y subjetiva.

3.1.2. Presunción de legalidad: Señaló que la actuación de la administración que se ataca en vía judicial, se encuentra soportada en decretos reglamentarios que gozan de la total presunción de legalidad, tal como lo señaló el H. Consejo de Estado al pronunciarse sobre la demanda de nulidad promovida en contra de los Decretos 691 y 1158 de 1994, al sostener que *“son normas administrativas de naturaleza reglamentaria, para la cumplida ejecución de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5º de la Ley 797 de 2003”*, razón por la cual, no hay lugar a reconocer lo pretendido por la demandante, frente a una presunta *“modificación arbitraria”* del Decreto 1214 de 1990.

3.1.3. Prescripción: Sostuvo que se configuraría dicho fenómeno jurídico respecto de los aportes y las prestaciones sociales por el paso del tiempo sin que el demandante hubiese reclamado.

3.1.4. Integración como litisconsortes necesarios: Excepción que se declaró no probada en la providencia del 18 de marzo de 2021.

Por su parte, el apoderado de la parte actora, por medio de escrito allegado a través de correo electrónico el **4 de agosto de 2020**, recorrió el traslado de los medios exceptivos propuestos por la entidad demandada, oponiéndose a su prosperidad.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte Demandante

El apoderado de la demandante, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **27 de mayo de 2021**, solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en el concepto de violación del libelo, señalando que en el plenario se encuentra acreditado que la demandante en materia **salarial y prestacional** se rige por las disposiciones contenidas en el Decreto – Ley 1214 de 1990; sin embargo, la entidad demandada al momento de realizar las cotizaciones al Sistema Pensional, no tiene en cuenta como base salarial los factores contenidos en la referida normatividad.

Señaló que *“Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte; como primas, sobre sueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras; valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”*.

Indicó que la Ley 100 de 1993, solamente unificó el sistema integral de seguridad social, pero en ninguno de sus apartes modificó el sistema salarial de los empleados públicos de la rama ejecutiva del régimen general, como tampoco el del especial (Ministerio de Defensa).

Afirmó que el Decreto Reglamentario 1158 de 1994, no puede modificar un decreto ley, una ley o los postulados constitucionales laborales establecidos en el artículo 53 de la C.P. y la entidad demandada con dicho acto administrativo derogó el Decreto – Ley 1214 de 1990, desconociendo los principios generales del derecho y de la seguridad social.

Luego, de citar jurisprudencia alusiva al **régimen salarial** de los miembros del Ministerio de Defensa Nacional, realizó las siguientes conclusiones:

- El Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, tiene un régimen salarial especial y señala que ningún momento se está pretendiendo la aplicación del régimen pensional del Decreto 1214 de 1990, abolido por la ley 100 de 1993.

- El artículo 18 de la Ley 100 de 1993, señala que la base de las cotizaciones de los trabajadores dependientes de los sectores privado y público, será el salario mensual.
- Un decreto reglamentario de la ley 100 de 1993 (1158 de 1994), no puede modificar un régimen salarial especial, como lo es el de los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional.
- Los empleados del Ministerio de Defensa Nacional, al igual que cualquier trabajador tienen derecho a que les mantenga el régimen salarial especial para la liquidación de su ingreso base de cotización para Ley 100 de 1993.
- Si bien el Decreto Reglamentario 1158 de 1994, incluyó los factores salariales de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Nivel Central, lo cierto es que no se les puede desconocer sus derechos.

4.2. Parte demandada

El apoderado de la entidad demandada, a través de memorial allegado vía correo electrónico el **27 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 no es posible inaplicar el Decreto 1158 de 1994, destacando que el Consejo de Estado se pronunció sobre la demanda de nulidad contra los Decretos 691 y 1158 de 1994, negando las pretensiones de la misma.

Afirmó que el legislador no estableció que las partidas, primas y subsidios contenidos en el régimen especial creado para el personal civil al servicio del Ministerio de Defensa mediante Decreto - Ley 1214 de 1990, constituyen factor salarial, razón por la cual, las liquidaciones de los aportes al sistema general de pensiones, a partir del 01 de abril de 1994, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se deben efectuar

¹ Se tiene en cuenta el día siguiente dado que fue enviado el “miércoles, 26 de mayo de 2021 **6:45 p.m.**” – *negrita del Despacho*).

teniendo en cuenta los factores enunciados taxativamente en el Decreto 1158 de 1994, para la base de cotización.

Refirió que el Ministerio de Defensa Nacional no puede desconocer la reglamentación de la Ley 100 de 1993, a través de los Decretos 691 y 1158 de 1994, pues por expresa disposición contenida en el artículo 15 numeral 1°, todos los servidores públicos fueron afiliados en forma obligatoria al Sistema General de Pensiones.

Aludió que la demandante hace parte del Sistema General de Seguridad Social, como consecuencia de la afiliación obligatoria dispuesta en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 y, por ende, la liquidación sobre los aportes, debe realizarse al tenor de lo establecido en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994.

En ese sentido, la actuación de la administración en el pago de aportes a pensión de la servidora pública, se encuentra ajustada a derecho en razón a la presunción de legalidad de los citados Decretos reglamentarios y de conformidad con los pronunciamientos judiciales enunciados frente a la libertad de configuración del legislador para definir cuales partidas constituyen factor salarial y cuáles no, así como la inescindibilidad normativa para aplicar en su integralidad un solo régimen, sin pretender tomar apartes favorables de uno y otro.

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 **presunción de legalidad**, este Despacho considera que los argumentos 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 impiden resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se precisa que será resuelta en el evento de accederse a las súplicas de la demanda.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.2.1. Resoluciones Nos. 1050 del 25 de marzo de 2009 y 0690 del 11 de febrero de 2010, por medio de las cuales el Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional ordenó el traslado del empleo de Profesional de Defensa – Código 3-1 - Grado 6, desempeñado por la demandante, del Comando General de las Fuerzas Militares a la Unidad de Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional.

5.2.2. Desprendible de nómina de algunos funcionarios del Ministerio de Defensa Nacional de diciembre de 1997, entre ellos, de la demandante, en la que consta los haberes devengados en dicho mes, esto es: sueldo básico, subsidios de alimentación y familiar, así como la prima de actividad.

5.2.3. Constancia de haberes históricos de la demandante, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, para los meses de mayo a septiembre de 2018, en el que se evidencia que percibió sueldo básico, subsidio de alimentación, bonificación por servicios y las primas de actividad y antigüedad.

5.2.4. Acta No. 0231 del 18 de enero de 2012, por medio de la cual se dejó constancia que la demandante tomó posesión del cargo de Profesional de Defensa – Código 3-1 - Grado 6, de la Planta Global del Ministerio de Defensa Nacional – Unidad General, incorporación que tuvo lugar, mediante la Resolución No. 0087 del 13 de enero de 2012.

5.2.5. Resolución No. 1279 del 6 de marzo de 2019, a través de la cual se reubicó físicamente el empleo de Profesional de Defensa – Código 3-1 - Grado 6 y su titular, esto es, la señora María Luisa Leal Arazán, de la Dirección de Finanzas a la Oficina de Control Interno Sectorial.

5.2.6. Petición elevada el **12 de julio de 2019**, por la demandante, a través de apoderado, por medio de la cual le solicitó al Ministerio de Defensa Nacional, el reajuste del ingreso base de cotización de la seguridad social, con base en los factores salariales contenidos en el Decreto Ley 1214 de 1990.

5.2.7. Oficio No. OFI19-67231 del 23 de julio de 2019, por medio del cual el Ministerio de Defensa Nacional, resolvió la petición elevada el 17 de mayo de 2019 y recibida en dicha cartera ministerial el 15 de julio del mismo año, por el apoderado de la actora, orientada al ingreso de cotización para pensión en el Sistema General de Seguridad Social, señalando que no era procedente la inaplicación por inconstitucional del Decreto 1158 de 1994, así como las cotizaciones a pensión, salud o riesgos profesionales, respecto de factores que no se encuentren contenidos en dicha disposición legal.

5.2.8. Oficio No. OFI19-67178 del 23 de julio de 2019, a través del cual el Ministerio de Defensa Nacional negó la solicitud elevada por el apoderado de la demandante, el **12 de julio de 2019**, al considerar que, mediante el Decreto 691 de 1994, los funcionarios de la entidad ingresaron al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y, en ese sentido, para calcular las cotizaciones se debe dar aplicación a lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6 del Decreto 691 de 1994.

5.2.9. Recurso de reposición y en subsidio apelación promovido el 31 de julio de 2019, por el apoderado de la demandante, en contra de la decisión anterior, señalando que desde el momento que la actora ingresó al Ministerio de Defensa Nacional, devenga mensualmente los emolumentos contenidos en el Decreto Ley 1214 de 1994, partidas que deben ser computables para las prestaciones sociales.

5.2.10. Oficio No. OFI19-75744 del 16 de agosto de 2019, por medio del cual el Ministerio de Defensa Nacional, resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el Oficio No. OFI19-67178 del 23 de julio de 2019, confirmándolo en su integridad, toda vez que según el Concepto No. 87611 expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social *“las prestaciones sociales de los trabajadores del sector público no forman parte de la base para liquidar aportes a la seguridad social, por tal razón, si estos conceptos son reconocidos a un servidor público en una liquidación definitiva por su retiro del servicio, **los mismos no deben ser tenidos en cuenta para pagar aportes pensionales, salud o riesgos profesionales, por no formar parte del salario, conforme lo previsto en el Decreto 1158 de 1994**”*. Igualmente, señaló que no es procedente conceder el recurso de apelación interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011.

5.2.11. Certificación expedida el 29 de agosto de 2019, por la Coordinadora del Grupo de Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional, en la que hace constar que la demandante labora como Profesional de Defensa – Código 3-1 - Grado 6, en la Oficina de Control Interno Sectorial, prestando sus servicios desde el **5 de mayo de 1997**.

5.2.12. Certificación suscrita el 14 de abril de 2020, por el Coordinador del Grupo de Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional, en la cual hace constar los haberes que percibe la demandante, tales como: sueldo básico, subsidio de alimentación y las primas de antigüedad y actividad.

5.2.13. Certificado de aportes en línea de la demandante, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, en el que consta, entre otros, los valores cotizados a las administradoras de salud y pensión.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en el auto del 6 de mayo de 2021, los problemas que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: **i)** si hay o no lugar a la inaplicación por vía de excepción de inconstitucionalidad del Decreto 1158 de 1994 y **ii)** si la demandante tiene o no derecho al reajuste

del ingreso base de cotización de seguridad social, con la inclusión de los factores salariales establecidos en el Decreto Ley 1214 de 1990.

5.4. NORMATIVIDAD APLICABLE FRENTE AL CASO CONCRETO.

En **materia salarial y prestacional**, el Ministerio de Defensa Nacional aplica dos regímenes, los cuales se encuentran consagrados en distintas disposiciones a saber: i) los Decretos Nos. 1211, 1212 y 1213 de 1990, para el personal uniformado de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y ii) **el Decreto 1214 de 1990, aplicable al personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa**, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Respecto al personal civil no uniformado, el artículo 2 del referido Decreto 1214 de 1990, señaló:

“ARTÍCULO 2º. PERSONAL CIVIL. Integran el personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, las personas naturales que presten sus servicios en el Despacho del Ministro, en la Secretaría General, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional.

En consecuencia, las personas que presten sus servicios en los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las unidades administrativas especiales, adscritos o vinculadas al Ministerio de Defensa, no tienen la condición de personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional y se regirán por las normas orgánicas y estatutarias propias de cada organismo” (negrilla fuera del texto original).

De otro lado, el artículo 1º de la Ley 4º de 1992, *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política, en el artículo 1º, indicó:*

“ARTÍCULO 1º.- El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

a. Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;

b. Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;

c. Los miembros del Congreso Nacional, y

d. Los miembros de la Fuerza Pública” (negrita del Despacho).

Por su parte, el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”, modificado por el artículo 5° de la Ley 797 de 2003, respecto a la base para liquidar las cotizaciones a dicho sistema, señaló:

“ARTÍCULO 18. BASE DE COTIZACIÓN. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

(...)

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4a. de 1992”.

A su vez, el artículo 279 de la referida disposición legal, dispuso que el sistema integral de la seguridad social contenido en dicha Ley, no sería aplicable, entre otros, al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, **con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993**, así:

*“ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, **con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley**, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas” (negrilla propia del Juzgado).*

A su turno, el Decreto 691 de 1994, “*Por el cual se incorporan los servidores públicos al sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones*”, en el artículo 1°, dispuso:

“ARTICULO. 1º— Incorporación de servidores públicos. Incorporase al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos:

a) Los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o Distrital, así como de sus entidades descentralizadas, y

b) Los servidores públicos del Congreso de la República, de la rama judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República.

PARÁGRAFO. —La incorporación de los servidores públicos de que trata el presente decreto se efectuará sin perjuicio de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, Decreto 314 de 1994 y Decreto 1359 de 1993 y las normas que los modifiquen y adicionen” (negrilla fuera del texto).

Así mismo, el artículo 2 *ibídem*, preceptuó:

“ARTICULO. 2º—Vigencia del sistema general de pensiones para los servidores públicos. **El sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, comenzará a regir para los servidores públicos del orden nacional incorporados mediante el artículo 1º de este decreto, el 1º de abril de 1994.**

El sistema general de pensiones para los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha en que así lo determine el respectivo gobernador o alcalde. La entrada en vigencia podrá hacerse de manera gradual para determinados servidores públicos teniendo en cuenta, entre otros factores, la capacidad económica del organismo o entidad territorial y las proyecciones actuariales” (resaltado propio del Despacho).

Respecto al reconocimiento pensional, el artículo 3 *ejusdem*, indicó:

“ARTICULO. 3º—Disposiciones aplicables. A partir de la fecha de aplicación del sistema de que trata el artículo anterior, las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivencia de los servidores públicos referidos en el artículo 1º, **se regirán en un todo por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones que las modifiquen, adicionen o reglamenten**” (negrilla ajena al texto).

Luego, mediante el Decreto 1792 de 2000, “Por el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial”, se

derogó el Decreto 1214 de 1990, **con excepción de las disposiciones relativas a los regímenes pensionales, salariales y prestacionales**, así:

*“ARTICULO 114. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial las del Decreto Ley 1214 de 1990 y el Decreto 2909 de 1991, **con excepción de las relativas a los regímenes pensional, salarial y prestacional**” (negrita fuera de texto).*

Ahora bien, a través del Acto Legislativo 01 de 2005, *“por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”,* se señaló:

*«**A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados**, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo”.*

*“Párrafo transitorio 2°. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los párrafos del presente artículo, **la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010**” (resaltado ajeno al texto).*

Posteriormente, a través del Decreto 2743 de 2010 *“Por el cual se dictan disposiciones en relación con los servidores públicos civiles o no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y se reglamenta el Decreto-ley 1792 de 2000”,* se dispuso:

*“Artículo 1°. En concordancia con el artículo 114 del Decreto-ley 1792 de 2000, **los servidores públicos civiles o no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, a quienes se les aplica el Decreto-ley 1214 de 1990, se consideran miembros de la Fuerza Pública y continuarán con el mismo régimen salarial, pensional y prestacional**, en lo que a cada uno corresponde, de acuerdo con las mencionadas normas” (negrita fuera del texto original).*

Así las cosas, el mencionado decreto mantuvo vigente el régimen salarial, **pensional** y prestacional dispuesto en el Decreto - Ley 1214 de 1990, **exclusivamente para quienes fueron destinatarios del mismo**, en los términos contenidos en la mencionada normatividad y, en consecuencia, se concluye que el personal civil del Ministerio de Defensa que se

encontraba vinculado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se le mantendría las disposiciones especiales en materia de seguridad social, esto es, el Decreto-Ley 1214 de 1990 y **quienes ingresaron a partir de la vigencia del Sistema Integral de Seguridad Social, se les aplicara las disposiciones allí consagradas en su integridad.**

En el caso de autos, se encuentra demostrado que la demandante se vinculó al Ministerio de Defensa Nacional, como Profesional de Defensa – Código 3-1 - Grado 6, en la Oficina de Control Interno Sectorial, prestando sus servicios desde el **5 de mayo de 1997**, tal como se acredita en la Certificación expedida el 29 de agosto de 2019, por la Coordinadora del Grupo de Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional.

Igualmente, se encuentra demostrado que, por medio de las Resoluciones Nos. 1050 del 25 de marzo de 2009 y 0690 del 11 de febrero de 2010, el Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional ordenó el traslado del empleo de Profesional de Defensa – Código 3-1 - Grado 6, desempeñado por la demandante, del Comando General de las Fuerzas Militares a la Unidad de Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional y según el Acta No. 0231 del 18 de enero de 2012, tomó posesión del cargo de Profesional de Defensa – Código 3-1 - Grado 6, de la Planta Global del Ministerio de Defensa Nacional – Unidad General, incorporación que tuvo lugar, mediante la Resolución No. 0087 del 13 de enero de 2012.

Finalmente, a través de la Resolución No. 1279 del 6 de marzo de 2019, se reubicó físicamente el empleo de Profesional de Defensa – Código 3-1 - Grado 6 y su titular, esto es, la señora María Luisa Leal Arazán, de la Dirección de Finanzas a la Oficina de Control Interno Sectorial.

En ese sentido, se evidencia que la demandante se vinculó en el Ministerio de Defensa Nacional el **5 de mayo de 1997**, esto es, con posterioridad, al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, en materia de seguridad social, se rige por las normas contenidas en el sistema integral consagrado en dicha disposición legal.

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta, para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, el Decreto 1158 de 1994, que modifica el artículo 6° del Decreto 691 de 1994, contempla:

*“**ARTÍCULO 1°.** El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:*

*a) **La asignación básica mensual;***

b) Los gastos de representación;

c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;

*d) **Las primas de antigüedad,** ascensional de capacitación **cuando sean factor de salario;***

e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;

f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;

g) La bonificación por servicios prestados” (negrita fuera del texto original).

De otro lado, obra en el plenario el Desprendible de nómina de algunos funcionarios del Ministerio de Defensa Nacional de diciembre de 1997, entre ellos, de la demandante, en la que consta los haberes devengados en dicho mes, esto es: **sueldo básico**, subsidios de alimentación y familiar, así como la prima de actividad.

Así mismo, de la Constancia de haberes históricos de la demandante, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional y de la Certificación suscrita el 14 de abril de 2020, por el Coordinador del Grupo de Talento Humano de tal entidad, para los meses de mayo a septiembre de 2018, se evidencia que percibió **sueldo básico**, subsidio de alimentación, bonificación por servicios y las primas de actividad y **antigüedad**.

A su vez, reposa el certificado de aportes en línea de la demandante, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, en el que consta, entre otros, los valores cotizados a las administradoras de salud y pensión y si bien en dicho documento no se detallaron los factores sobre los cuales se realizan tales aportes, lo cierto es que, según las certificaciones señaladas anteriormente, se presume que fueron incluidos los contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

En consecuencia, la señora María Luisa Leal Arazán, al vincularse al

Ministerio Nacional, con posteridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quedó cobijada por las disposiciones propias del mismo y de las normas que la reglamenten, por lo tanto, **no es posible calcular los aportes al Sistema de Seguridad Social**, con base en los factores salariales pretendidos en la demanda, esto es, el subsidio de alimentación, la bonificación por servicios y la prima de actividad, al no encontrarse taxativamente enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

Sobre el particular, el Ministerio de Defensa Nacional, a través del **Oficio No. OFI19-67231 del 23 de julio de 2019**, acto administrativo demandando en la presente controversia, señaló que, en el caso particular de la demandante, no era procedente realizar cotizaciones a pensión, salud o riesgos profesionales, respecto de factores que no se encuentren contenidos en el Decreto 1158 de 1994, toda vez que, los servidores públicos de dicha cartera ministerial fueron ingresados al Sistema General de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993, en virtud de lo consagrado en el Decreto 691 de 1994.

Igualmente, por medio del **Oficio No. OFI19-67178 del 23 de julio de 2019**, el Ministerio de Defensa Nacional negó la solicitud elevada por el apoderado de la demandante, el 12 de julio de 2019, reiterando los argumentos expuestos en el anterior acto administrativo. Inconforme con dicha decisión, el 31 de julio de 2019, la parte actora interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación señalando que desde el momento que la actora ingresó al Ministerio de Defensa Nacional, devenga mensualmente los emolumentos contenidos en el Decreto Ley 1214 de 1994, partidas que deben ser computables para las prestaciones sociales.

En virtud de lo anterior, el Ministerio de Defensa Nacional expidió el **Oficio No. OFI19-75744 del 16 de agosto de 2019**, por medio del cual, confirmó en su integridad la decisión adoptada en el Oficio No. OFI19-67178 del 23 de julio de 2019, al sostener que según el Concepto No. 87611 expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social *“las prestaciones sociales de los trabajadores del sector público no forman parte de la base para liquidar aportes a la seguridad social, por tal razón, si estos conceptos son reconocidos a un servidor público en una liquidación definitiva por su retiro del servicio, **los mismos no deben ser tenidos en cuenta para pagar***

aportes pensionales, salud o riesgos profesionales, por no formar parte del salario, conforme lo previsto en el Decreto 1158 de 1994”.

Como puede verse, el Ministerio de Defensa Nacional para efectos de calcular los aportes al Sistema de Seguridad Social de la demandante, dio aplicación a lo consagrado en el Decreto 1158 de 1994, toda vez, que a la demandante le resulta aplicable en su integridad el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993.

5.5. DE LA APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO 1158 DE 1994.

Sobre el particular, basta mencionar que el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B”, en la sentencia proferida el 28 de febrero de 2013, dentro del expediente No. 11001-03-25-000-2008-00125-00(2739-08), Magistrada Ponente: Dra. Bertha Lucia Ramírez De Páez, al realizar el control de legalidad, del Decreto 691 de 1994, modificado por el Decreto 1158 del mismo año, señaló que las disposiciones allí contenidas hacen efectivos los principios de solidaridad y de universalidad, mediante la cotización de los empleados públicos, tanto en materia de pensiones como en lo atiente a la salud, así:

“(…)

Mediante la Ley 100 de 1993 cuya vigencia se inició el 1 de abril de 1994, el Congreso de la República creó el Sistema de Seguridad Social Integral. Es decir, que esa Ley por su propio contenido es diferente de la Ley 4ª de 1992, pues mientras ésta es una Ley Marco, para definir las normas criterios y objetivos a los cuales debe sujetarse el Gobierno en materia salarial y prestacional cuando ejerza su competencia como suprema autoridad administrativa, la Ley 100 de 1993 es una ley ordinaria diferente a las Leyes Marco, a las Leyes orgánicas y, a las Leyes estatutarias, como se precisó por la Corte Constitucional en sentencia C- 408 de septiembre 15 de 1994, M. P. Fabio Morón Díaz.

3.4. En este orden de ideas, el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 no tiene la finalidad de determinar ni fijar el salario de los empleados públicos sino, de manera exclusiva establecer la base de cotización para la Seguridad Social, la que debe realizarse desde luego de manera armónica con el salario mensual que estos devenguen, así como para los particulares constituirá la base para la cotización el salario que devenguen conforme a lo expuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

Es decir, las normas contenidas en la Ley 100 de 1993 no tienen como fundamento constitucional lo dispuesto en el artículo 150 numeral 19 literales e) y f) de la Carta Política, sino el artículo 48 de la Constitución para regular el régimen atinente a la Seguridad Social conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley.

3.5. Con apoyo en la distinción anterior queda entonces claramente establecido que tanto el Decreto 691 de 1994, en cuyo artículo 6° se dispone que para calcular la base de cotización al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos se tendrán en cuenta la asignación básica mensual, los gastos de representación, la prima técnica, las primas de antigüedad, cuando sean factor de salario, la bonificación por servicios prestados, la remuneración por dominicales y trabajo suplementario cuando sea del caso, así como el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 que lo modificó, son normas administrativas de naturaleza reglamentaria, para la cumplida ejecución de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5° de la Ley 797 de 2003. No son normas entonces de desarrollo de la Ley 4ª de 1992, Ley Marco que en materia salarial expidió el Congreso de la República.

Por ello es evidente entonces que contrario a lo afirmado por el actor, las normas acusadas no le introducen ninguna modificación a la Ley 4ª de 1992, sino que simplemente se contraen a precisar y facilitar la ejecución de las normas legales establecidas en la Ley 100 de 1993 en materia de seguridad social, para hacer efectivo el principio de solidaridad y de universalidad mediante la cotización de los empleados públicos, tanto en materia de pensiones como en lo atiente a la salud.

3.6. De esta manera, se advierte entonces que por su naturaleza las normas contenidas en los artículos 6° del Decreto 691 de 1994 y 1° del Decreto 1158 de 1994, son de naturaleza reglamentaria; expedidas con fundamento en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política por el Presidente de la República; que, su objeto es el de facilitar la ejecución de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 modificada posteriormente por la Ley 797 de 2003 artículo 5°, razón esta por la cual las normas acusadas en nada modifican lo dispuesto por la Ley 4ª de 1992 que señaló las normas criterios y objetivos a los cuales debe someterse el Gobierno para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, todo lo cual significa que los cargos propuestos carecen de fundamento jurídico y, en consecuencia no están destinados a prosperar, como en efecto no prosperan”.

Bajo el criterio jurisprudencial expuesto, no le asiste la razón al apoderado de la actora cuando afirma que el Decreto Reglamentario 1158 de 1994, derogó o pretendió modificar un régimen especial, esto es, el Decreto – Ley 1214 de 1990, puesto que con su expedición, se establecieron los lineamientos para que se puedan ejecutar las regulaciones contenidas en la Ley 100 de 1993, relativas al salario mensual que se debe tener como

base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos que fueron incorporados al mismo.

En ese sentido, si bien la demandante en materia salarial se rige por los postulados del Decreto – Ley 1214 de 1994, lo cierto es que, al existir una base de cotización para liquidar los aportes al Sistema de Seguridad Social del personal civil vinculado al Ministerio de Defensa Nacional con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, le resulta aplicable en su integridad, para dicho efecto, la Ley 100 de 1993 y los decretos que la reglamentan.

Ahora bien, es menester precisar que, pese a que la parte demandante funda su inconformidad en los artículos 4 y 13 de la Constitución Política, lo cierto es que no es dable atribuir un trato desigual entre el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional que se vinculó con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social Integral, frente a los servidores públicos que fueron incorporados a dicho sistema, tal como lo señaló la H. Corte Constitucional, en la sentencia C-665 de 1996², en la cual se estudió la constitucionalidad de un aparte del primer inciso del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, al sostener:

*"(...) el precepto impugnado, contrario a lo que sostiene el actor, no hace cosa distinta que reconocer la voluntad del constituyente, diferenciando dos situaciones, **que no constituyen en manera alguna discriminación**: de una parte, la del personal que se había vinculado al Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y la Justicia Penal Militar antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, para quienes se mantendrán las disposiciones especiales en materia de seguridad social y en especial, el previsto en el Decreto-Ley 1214 de 1990, cuyos derechos adquiridos deben ser respetados y garantizados, **y de la otra, el personal de las mismas instituciones que se vinculó a partir de la vigencia de la citada ley, a quienes se les aplica el Sistema Integral de Seguridad Social consagrado en la Ley 100 de 1993, y que por consiguiente no gozan de derechos adquiridos, razón por la cual es procedente, dada la fecha de su vinculación, aplicarles el Sistema Integral de Seguridad Social consagrado en la Ley 100 de 1993.***

Ante esta circunstancia, considera la Corte que la disposición acusada no quebranta preceptos de orden constitucional, pues

² Corte Constitucional, sentencia del 28 de noviembre de 1996, expediente D-1377, Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara, Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 279 (parcial) de la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social y se dictan otras disposiciones.", Actor: Oscar Mauricio Saavedra.

el legislador está autorizado para establecer excepciones a las normas generales, atendiendo razones justificadas, que en el caso sometido a estudio, tienen fundamento pleno en la protección de derechos adquiridos para los antiguos servidores pertenecientes a las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

(...)

Por lo anterior, estima la Corte que el precepto parcialmente acusado, al excluir del régimen previsto por el Decreto-ley 1214 de 1990 al personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional que se vincule con posterioridad a la vigencia de la Carta Política de 1991, no quebranta el ordenamiento superior, pues al hacerlo tuvo como objetivo fundamental la aplicación para dichos servidores públicos del Sistema Integral de Seguridad Social consagrado en la Ley 100 de 1993, respetando los derechos adquiridos del personal vinculado con anterioridad a la vigencia de esta ley.” (negrita y resaltado del Despacho).

Como puede verse, no le asiste razón al apoderado de la parte demandante, al afirmar que existe un trato injustificado frente al personal civil que se vincule al Ministerio de Defensa Nacional, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, toda vez que este personal, no goza de derechos adquiridos, precisamente, en virtud de la fecha en que ingresaron a prestar sus servicios, pues a partir de ese momento, forman parte del Sistema de Seguridad Social Integral y, por lo tanto, se encuentran en situaciones disímiles frente a quienes ingresaron a la entidad con antelación a promulgación de la referida ley, lo que conlleva a que deban tener un tratamiento diferente para que se cumpla la igualdad real respecto a los demás servidores públicos que pertenecen a tal sistema, dado que se encuentran en condiciones semejantes y, en esa medida, no constituye una discriminación sino una diferenciación justificada y razonable.

Así las cosas, este Despacho deberá negar las súplicas de la demanda, en la medida que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados, pues a la señora María Luisa Leal Arazán no le asiste el derecho a que los aportes al Sistema de Seguridad Social le sean calculados con base en los factores salariales contenidos en el Decreto – Ley 1214 de 1990.

5.5. 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 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,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las súplicas de la demanda conforme a las razones referidas en esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas a cargo de la parte actora.

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

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
Juez

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 017 de hoy 29 de junio de 2021, a la hora de las 8.00 a.m.  LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

Firmado Por:

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ

JUEZ

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

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

Código de verificación:

**d96ef0e6ac89864b1c8a2d66b0ba94f8479cb972772b2b63f85c4ca8fe93f1
81**

Documento generado en 28/06/2021 12:56:38 PM

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



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

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

REFERENCIAS:

Proceso:	11001-33-35-018-00 2020-00070-00
Demandante:	ALVARO FRANCISCO VÁSQUEZ VÁSQUEZ
Demandada:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
Asunto:	SENTENCIA

El señor **ALVARO FRANCISCO VÁSQUEZ VÁSQUEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 135.726, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, correspondiendo dictar sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

-Pretende el demandante que se declare la nulidad del acto administrativo No. 64411 del 10 de septiembre de 2015, por medio del cual la entidad demandada negó al actor: (a) la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro reconocida mediante resolución expedida por la demandada, computando en su liquidación mensual la partida prima de actividad en un porcentaje del 37.5% de la asignación básica; (b) el reajuste de la asignación de retiro, año por año, a partir del 2005 a la fecha, con los nuevos valores que arroje la reliquidación solicitada anteriormente; (c) el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre la liquidación solicitada y las sumas canceladas por concepto de asignación de

retiro desde el año 2005 en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho.

Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a:

- i)** Reliquidar y reajustar la asignación de retiro reconocida al actor mediante resolución expedida por la entidad demandada, computando en su liquidación mensual la partida prima de actividad en un porcentaje del 33% de la asignación básica, en aplicación de los parámetros establecidos en el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 y a partir del 1° de julio de 2007 el 49.5% de conformidad con el Decreto 2863/07.
- ii)** Dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin a la presente acción en la forma y términos señalados en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

1.2. HECHOS

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

- 1.2.1.** Que el actor prestó sus servicios en el grado de Mayor de las Fuerzas Militares.
- 1.2.2.** Que, previo cumplimiento de los requisitos exigidos, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante Resolución No. 5456 del 23 de agosto de 1973 le reconoció asignación de retiro al demandante.
- 1.2.3.** Que, en la liquidación de asignación de retiro, la demandada le computó la partida prima de actividad en un porcentaje del 37.5% de la asignación básica.
- 1.2.4.** Que la asignación de retiro del actor viene siendo liquidada anualmente de conformidad con lo establecido en los artículos 140, 141, 142 y 151 del Decreto 1211 de 1990.

1.2.5. Que, para calcular el incremento anual de la asignación de retiro del demandante se viene aplicando el principio de oscilación establecido en el Decreto 1211 de 1990.

1.2.6. Que el 30 de diciembre de 2004 el Gobierno Nacional sancionó la Ley 923/04 *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política”*.

1.2.7. Que el 31 de diciembre de 2004 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 reglamentario de la Ley 923/04 *“por medio del cual se fija el régimen pensional de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”*.

1.2.8. Que la Ley 923 y el Decreto 4433 de 2004 introdujeron cambios en el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, que benefician al actor y que, en aplicación del principio de oscilación, se le deben otorgar.

1.2.9. Que a los miembros de las Fuerzas Militares que se retiran a partir del 01 de enero de 2005 la demandada está liquidando las asignaciones de retiro computando el porcentaje de prima de actividad que el titular tenía reconocido el momento de su retiro, es decir el 33% de la asignación básica.

1.2.10. Que, de conformidad con el principio de oscilación establecido en el Decreto 1212, las asignaciones de retiro se liquidarán teniendo en cuenta las variaciones que en cualquier tiempo se presenten en las prestaciones de actividad del correspondiente grado; de manera que cuando el legislador dejó en la legislación la expresión “en todo tiempo” hacía relación a la aplicación de las normas que fueran expedidas a futuro, como es el caso de los decretos 433/04 y 2863/07.

1.2.11. Que el demandante radicó, bajo el consecutivo No. 77963 del 1° de septiembre de 2015, ante la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, derecho de petición, el cual tenía por objeto las pretensiones que son reclamadas en la demanda.

1.2.12. Que la entidad demandada respondió despachando desfavorablemente la solicitud contenida en el derecho de petición, mediante acto administrativo No. 64411 del 10 de septiembre de 2015.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos el preámbulo y los artículos 1°, 2°, 4°, 13°, 46°, 53° y 58°, de la Constitución Política; 2° de la Ley 4ª de 1992; 151 del Decreto 1211 del 1990; y 13 y 14 del Decreto 4433 de 2004, estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

Sostiene que al negarle al actor el derecho que le asiste a que su pensión sea liquidada teniendo en cuenta las variaciones “que en todo tiempo” se introduzcan en las asignaciones del personal en actividad, la demandada está violando los principios fundamentales, propios del Estado Social del Derecho establecido en el artículo 2° del mandato superior; estando dentro de los fines del Estado la protección de los derechos económicos de todos los colombianos y en especial de las personas de la tercera edad, como los pensionados a mejorar el monto de su pensión.

Afirma que toda actuación de los órganos del Estado que sea contraria a la Constitución, en forma o sustancia, no tiene validez, de lo que podría afirmarse que el orden jurídico estatal es un todo cerrado que no admite nada fuera de la Constitución ni en contra de ella, prevaleciendo esta sobre la ley ordinaria. De manera que, la negativa de la demandada contraviene el derecho a la igualdad, a la protección de los derechos adquiridos, al principio de favorabilidad de la norma, entre otros.

Manifiesta que el Decreto 4433, reglamentario de la Ley 923 de diciembre de 2004 establece el cómputo de la partida prima de actividad en la liquidación de las asignaciones de retiro en el porcentaje que tenía reconocido en el momento del retiro corrigiendo una inequidad que se venía cometiendo con los miembros de la Fuerza Pública. De esta manera, cuando la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES hace caso omiso al principio de oscilación establecido en la Ley, y aplica la nueva normativa solamente a los miembros de la Fuerza Pública que se retiraron a partir del 01-01-2005, está estableciendo dos categorías de pensionados: los que en

su liquidación de la asignación de retiro se les tiene en cuenta el 100% del porcentaje de la prima de actividad que venían ganando al momento del retiro; y la categoría de los pensionados a los cuales en la liquidación se les disminuye el porcentaje que tenían reconocido como prima de actividad de acuerdo al tiempo de servicio, generándose un trato desigual entre iguales.

Lo anterior, afirma, también sucede con el reconocimiento que la demandada hace del porcentaje de asignación de retiro ante situaciones idénticas se reconocen porcentajes diferentes, como es el caso del actor, quien prestó 26 años de servicio y solamente se le está liquidando el 85% de las partidas, mientras que a aquellos que se han retirado a partir del 01 de enero de 2005, con el mismo tiempo de servicio, se les está reconociendo el 87% de las partidas computables. Por lo tanto, encontrándose vigente el principio de oscilación, la asignación de retiro se le debe liquidar al actor, a partir del 1° de enero de 2005, en un porcentaje del 87% de las partidas computables, por haber prestado 26 años de servicio, de conformidad con el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, aunado a que la Corte Constitucional ha señalado que en el universo de los pensionados no existen diferencias.

Señala que, la legislación laboral estableció que las partidas que el trabajador recibe regularmente como salario se deben incorporar en la liquidación de las pensiones, en el porcentaje que estaba reconocido; y situación diferente se venía presentando en la liquidación de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, toda vez que el cómputo de la partida de actividad se liquidaba de acuerdo al tiempo de servicio, generando en este procedimiento un desmejoramiento en la capacidad adquisitiva del pensionado.

Aduce que, de conformidad con el principio de oscilación establecido en el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990, esta nueva disposición se debe aplicar en la liquidación de las asignaciones de retiro de todos los titulares de este derecho en forma oficiosa por parte de la demandada sin necesidad de acudir ante lo contencioso administrativo para reclamar este derecho; teniendo en cuenta que dicho principio busca mantener una paridad entre las prestaciones económicas del personal en servicio activo y el retirado.

Indica que el actor es un adulto mayor que, para suplir sus necesidades básicas, depende exclusivamente de la mesada pensional, no cuenta con otros medios de subsistencia para él y su familia y que por su condición demanda un tratamiento especial que el constituyente primario estableció en el artículo 46 de la Constitución Política, debiendo entonces la entidad demandada haber liquidado de oficio la asignación de retiro del actor, aplicando las normas establecidas en el Decreto 4433 y no obligarlo a acudir a la jurisdicción.

Refiere a que, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público irrenunciable y de obligatorio cumplimiento por parte del Estado, sin discriminación de ninguna naturaleza, de forma tal que, al negarse la demandada a aplicar lo establecido en el Decreto 1212 de 1990 genera un congelamiento del monto de la pensión del actor que le afecta su mínimo vital.

Señala que, ante la duda en la aplicación de una norma, la Constitución Política trae consigo el principio de favorabilidad, previsto en su artículo 53, y que dicho cuerpo normativo también consagra el respeto por los derechos adquiridos, razón por la cual el principio de oscilación, creado en la Ley 2ª de 1945, debe ser aplicado y que se ha mantenido vigente, siendo reproducido el contenido del artículo 34 en las normas que han sido expedidas para regular lo atinente a las prestaciones sociales y la seguridad social de los miembros de la Fuerza Pública, como el artículo 139 del Decreto 612 de 1977, el artículo 164 del Decreto 0095 del 11 de enero de 1989, que se ocupó de citar.

Indica que la entidad demandada, en la motivación del acto administrativo que se demanda incurrió en causal de falsa motivación, al no existir correspondencia entre la decisión adoptada y los motivos de hecho y de derecho que se aducen para negar al demandante las peticiones solicitadas, lo cual es motivo de nulidad y, además, quebrantó las disposiciones de jerarquía superior normativa. A lo anterior, agregó que ello ocurre cuando los fundamentos alegados por el funcionario que expidió el acto administrativo en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el legislador les ha dado, esto es, que se estructure la ilegalidad por

inexistencia material o jurídica de los motivos, de una parte o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la medida tomada.

Manifiesta que la demandada, en la respuesta al derecho de petición presentado por el actor, sustentó su negativa en las siguientes razones: (i) que la asignación de retiro del actor fue liquidada de conformidad con las normas que estaban vigentes al momento del retiro, en las cuales se encuentran establecidas las condiciones que se debían tener en cuenta en la liquidación de asignación de retiro; (ii) que cuando el Decreto 4433 de 2004 entró en vigencia, el actor ya tenía la calidad de retirado y, por tal motivo, no se aplican las disposiciones allí contenidas; y (iii) que no se puede pretender que se aplique la normativa posterior ya que la ley rige hacia el futuro y no es posible aplicar el fenómeno de la retroactividad de la ley al caso del actor.

Señala que, contrario a lo argumentado por la demandada, la Corte Constitucional en reiteradas sentencias ha sentado doctrina frente a que los regímenes especiales se ajustan a la constitución cuando contemplan iguales o superiores prestaciones que los que se contemplan en el régimen general.

Aduce que la entidad demandada, en la liquidación anual que realiza de la asignación de retiro del actor viene aplicando el principio de oscilación, ya que toma como base los decretos que el Gobierno Nacional expide anualmente para fijar las asignaciones básicas para el personal en servicio activo en el respectivo año, por lo que –refiere– no se encuentra sustento legal para que no se haga lo mismo con la aplicación del Decreto 4433 de 2004.

Anota que la Ley 923 de 2004 dejó claramente establecido que en su aplicación se mantendrían los derechos adquiridos, así como los beneficios y prerrogativas que, en virtud del régimen especial para la Fuerza Pública, el actor estuviera disfrutando.

Señala que la demandada, al darle una interpretación acomodada al principio de oscilación y desconociendo el mandato superior, incurre en falsa motivación para negar las peticiones presentadas por el actor en su

petición, lo cual se presenta por la aplicación incorrecta de los métodos de interpretación normativa.

Aduce que la Corte Constitucional no encuentra objeción de índole constitucional para que una nueva norma sea aplicable a quienes en el momento de entrar a regir ya estuvieran pensionados, potestad que deja la Corte al arbitrio del legislador para que, en desarrollo de sus atribuciones, así lo establezca; de tal modo que, este, desde la Ley 2ª de 1945 estableció mediante el principio de oscilación la garantía para que las asignaciones de retiro sean liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las prestaciones sociales del personal en servicio activo, con las nuevas disposiciones que la Ley 923 y el Decreto 4433 introducen en las prestaciones sociales de los miembros de la Fuerza Pública.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **23 de noviembre de 2020**¹, 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 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensiones de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento. Y que, al respecto, desde la Constitución de 1886, los derechos y obligaciones, así como el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares, han hecho parte de un régimen especial que le es propio, diferente del régimen general al cual hacen parte todos los demás trabajadores; situación que actualmente se encuentra contenida en el artículo 217 inciso 3 de la Constitución.

Adujo que, en desarrollo de los preceptos constitucionales, se han proferido

¹ La fecha de radicación fue el domingo 22 de noviembre de 2020, razón por la cual, se tiene como presentada el día hábil siguiente.

diferentes disposiciones legales, por las cuales se reglamenta y organiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares como son, entre otros, los Decretos 3071 de 1968, 2337 de 1971, 612 de 1977, 089 de 1984, 095 de 1989, 1211 de 1990, y 4433 del 31 de diciembre de 2004, actualmente vigente.

Indicó que, frente al caso particular, se reconoce asignación de retiro al señor Mayor (R) de Ejército ALVARO FRANCISCO VÁSQUEZ VÁSQUEZ, mediante Resolución No.1981 del 19 de julio de 1973, misma fecha en la que reunió los requisitos para acceder a la prestación. En cuanto a la prima de actividad, dicho porcentaje se le reconoció en la forma y términos establecidos en la ley al momento del retiro, es decir, encontrándose bajo la vigencia del Decreto Ley 1211 de 1990.

Anotó que después del Decreto Ley 95 de 1989, se han expedido los Decretos leyes Nos. 1211 de 1990; 2070 de 200; 4433 del 30 de diciembre de 2004, reglamentario de la Ley 923 de 2004, en los cuales, y respecto a los derechos motivo de controversia, no entraron a efectuar ningún tipo de modificación a prestaciones ya reconocidas o derechos consolidados, estableciendo taxativamente su aplicación y cobertura a las prestaciones reconocidas bajo su vigencia.

Adujo que, con fundamento al tiempo de servicio acreditado por el actor, la Entidad le reconoció el 25% como partida computable por concepto de prima de actividad dentro de su asignación de retiro, toda vez que el artículo 159 del Decreto Ley 1211 de 1990, establece la forma en que dicha prima debe ser computada, señalando entre otras cosas que a los militares que tengan veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), les corresponde el 25%, que en este caso, fue el porcentaje reconocido al militar de acuerdo al tiempo de servicios acreditado, haciendo claridad que el porcentaje reconocido al actor fue el tope máximo permitido por el legislador, para la época.

Señaló que para garantizar el poder adquisitivo de las mesadas pensionales de los miembros de las Fuerzas Militares en retiro, se contempló un aumento del porcentaje de la partida computable de Prima de Actividad, tomando como punto de referencia lo devengado por los militares en

actividad, en los porcentajes plenamente establecidos por la norma. Sobre este punto en particular, el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007 –por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones– en su artículo 2° previó un incremento en el porcentaje de la Prima de Actividad que venían devengando los miembros en servicio activo en el equivalente al cincuenta por ciento (50%) de lo devengado por todo concepto, a partir del 1° de julio de 2007.

En ese sentido, indicó que para garantizar el cumplimiento del principio de oscilación en esta materia a los miembros retirados del servicio, en su artículo 4° equiparó el porcentaje en que debe incrementarse la prima de actividad para todos los miembros –tanto activos como retirados del servicio en el equivalente a un 50% de lo devengado– pero sin establecer una equivalencia en el monto base de dicha liquidación –como asume el demandante– pues la normativa mediante la cual se establecieron estos porcentajes para liquidar la asignación descrita en los apartes anteriores, no fue modificada por la norma en comento.

Manifestó que es claro que el Decreto 2863 de 2007 dispuso un incremento en el porcentaje de la asignación de la prima de actividad –sin efectuar modificación alguna de los porcentajes que disponen el monto base para su liquidación sobre el cual ha de efectuarse el incremento–, por cuanto este no es el sentido de la norma.

Colige de lo anterior que existe una mala interpretación o desconocimiento del tema por parte del demandante al pretender la nivelación de su asignación con el incremento de una partida computable, cuando dicha nivelación por principio de oscilación ha venido siendo aplicada cabalmente por parte de la entidad. Entonces, el militar retirado venía devengando el 25% por prima de actividad, hasta la expedición del Decreto 2863 de 2007, con el cual se le incrementó dicho porcentaje en un 50%, es decir, la entidad realizó un incremento del 12.5% quedando este en el 37.5%. Sobre este punto anotó que con la expedición del Decreto 4433 del 30 de diciembre de 2004 reglamentario de la Ley 923 de 2004, no se entró a efectuar ningún tipo de modificación a prestaciones ya reconocidas o derechos consolidados, estableciendo taxativamente su aplicación y cobertura a las prestaciones reconocidas bajo su vigencia.

Invocó el principio de aplicación de la ley en el tiempo, consistente en que las leyes rigen hacia el futuro, por regla general y, en consecuencia, no podrá tener efectos retroactivos, salvo que el legislador disponga expresamente lo contrario; por lo tanto, los derechos o situaciones jurídicas se rigen por la ley vigente en el momento en que la situación fue creada. Lo anterior, en razón a que el incremento del 50% sobre la prima de actividad depende estrictamente del porcentaje reconocido como consecuencia del tiempo de servicio que tenga acumulado cada titular de la asignación de retiro, por lo cual, lo que se pretende con la norma es que el ajuste por dicho concepto sea en el mismo porcentaje en que se haya aumentado el del activo correspondiente.

Aclaró que el principio de oscilación contemplado en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 tiene por objeto que el reajuste de la asignación de retiro sea igual al aumento de las asignaciones de actividad de cada grado, es decir, establece la relación de igualdad entre la asignación de retiro y la remuneración del personal activo para que el incremento de los dos conceptos sea el mismo, situación distinta a la analizada por el demandante, que refiere a la aplicación de este principio entre asignaciones de retiro adquiridas en regímenes diferentes en aspectos como la base de liquidación, la cual no es susceptible de este principio.

Manifestó que, si el reconocimiento de la asignación de retiro de la parte actora cumple con el cómputo de la prima de actividad que continúa vigente en un monto proporcional al tiempo de servicio, acorde con lo establecido tanto en el Decreto Ley 1211 de 1990 como en el Decreto 2863 de 2007, el desconocimiento de los derechos adquiridos alegados en la demanda carece de fundamento, pues la administración no puede concederle un derecho que el ordenamiento jurídico no le ha conferido.

Alude a que el principio de igualdad se predica solo entre iguales, por tanto en el presente caso, el mismo no se ha vulnerado ya que es el legislador quien establece la escala gradual porcentual y los parámetros para el reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro, y no puede equipararse un militar con otro cuya asignación de retiro es posterior y está sometido a un régimen jurídico distinto pues la situación, en cada caso, debe resolverse

con sujeción al régimen vigente en el momento en el que ella se presente, ello significa que aquellos individuos que tiene una situación jurídica consolidada, no puede verse afectada, desconocida ni desmejorada por leyes posteriores, pero también que quienes se encuentren en ella no accedan a las condiciones más beneficiosas que en el futuro se establezcan por el legislador para los mismos supuestos fácticos.

Señaló que lo que pretende el demandante es la modificación de un derecho reconocido y consolidado desde el año de 1991, con aplicación parcial de las nuevas regulaciones, en lo que le resulta conveniente, toda vez que las disposiciones actuales han establecido una serie de requisitos adicionales a los exigidos en su momento al demandante, a los cuales este no hace referencia. De manera que la entidad que representa reconoció la asignación de retiro al actor aplicando la normativa vigente a la fecha de su retiro y sus derechos adquiridos no han sido vulnerados, por el contrario, todos los aumentos decretados por la Ley año tras año, se han hecho efectivos de acuerdo con el porcentaje de liquidación en su asignación de retiro y de acuerdo a lo dispuesto por el legislador.

Aludió a que existe abundante jurisprudencia de los diferentes Tribunales Administrativos a nivel nacional a favor de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en donde se declara que la Entidad aplicó en debida forma lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007, respecto al reajuste del porcentaje de la prima de actividad para el personal retirado antes de la entrada en vigencia del decreto referido, constituyéndose en un precedente el cual deberá acatarse y respetarse, para lo cual citó sendas providencias del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Adujo que el principio de oscilación de las asignaciones de retiro, consagrado en el artículo 169 del Decreto ley 1211 de 1990 y el artículo 42 del Decreto 4433/04, únicamente es aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, y tiene como objetivo mantener el poder adquisitivo de la asignación de retiro, y preservar el derecho a la igualdad entre militares en actividad y en retiro; su desconocimiento provocaría una descompensación injusta e ilegal en contra del personal activo, cuyos salarios son reajustados anualmente por el Gobierno Nacional.

De otra parte, propuso las excepciones de:

i) Prescripción del derecho: Indica que en el evento en que no se acojan los planteamientos expuestos por la entidad, se debe aplicar la prescripción del derecho de manera cuatrienal, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 1211 de 1990, en su artículo 174.

ii) No procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares: Manifiesta que las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares y, en consecuencia, no se enmarcan dentro de ninguna de las causales de nulidad.

iii) No configuración de causal de nulidad: Señala que no se configura ninguna de las causales de nulidad de los actos administrativos, consagradas en el artículo 137 del C.P.A.C.A., y por el contrario las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Parte demandante

El apoderado de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **8 de junio de 2021**, presentó alegatos de conclusión, en forma extemporánea, circunstancia que impide tener en cuenta el aludido escrito.

Lo anterior, por cuanto el auto que corrió traslado para alegar de conclusión se notificó el 21 de mayo de 2021, por el término de 10 días, razón por la cual, la parte demandante tenía hasta el **04 de junio del mismo año**, actuación que se surtió hasta el 08 de junio de 2021, esto es, de forma extemporánea.

4.2 Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **8 de junio de 2021**, presentó alegatos de conclusión, en forma extemporánea, circunstancia que impide tener en cuenta el aludido escrito, por idénticas razones a las explicadas en el numeral anterior.

4.3. 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

Frente a las excepciones de **no procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares** y **no configuración de causal de nulidad**, 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 excepción de mérito que impida al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinada junto con el objeto de la controversia.

Respecto a la excepción de **prescripción del derecho**, será resuelta en el evento de prosperar las súplicas de la demanda.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.2.1. Petición elevada por el actor ante la entidad demandada con radicado No. 20150077963 del 01/09/2015, a través de la cual solicitó a la entidad demandada el reajuste de su asignación de retiro.

5.2.2. Oficio No. 0064411 del 10 de septiembre de 2015, proferido por la

CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante el cual negó la anterior solicitud.

5.2.3. Hoja de servicios militares del demandante.

5.2.4. Resolución No. 5456 del 23 de agosto de 1973 (ilegible).

5.2.5. Certificación de unidad militar y sitio geográfico expedida por la entidad demandada.

5.2.5. Certificación, de fecha 02/SEP/2015, de asignación de retiro del actor, expedida por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES para los periodos 2005 a 2015.

5.2.6. Cédula de ciudadanía del actor.

5.2.7. Antecedentes administrativos del actor.

5.2.8. Partidas básicas de actividad para liquidación de asignación de retiro del actor, de fecha 12 de junio de 1973.

5.2.9. Resolución No. 1981 del 19 de julio de 1979 *“por la cual se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del Mayor (r) del Ejército ÁLVARO FRANCISO VÁSQUEZ VÁSQUEZ”* a partir del 5 de abril de 1973.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO

El aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si con la expedición del acto administrativo identificado como Oficio No. 64411 del 10 de septiembre de 2015, por medio del cual se negó la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro del demandante, computando en su liquidación mensual la partida prima de actividad en un porcentaje del 49.5%, se incurrió en las causales de nulidad alegadas, que desvirtúen su legalidad.

5.4. NORMATIVA APLICABLE AL CASO BAJO ESTUDIO

5.4.1. De la prima de actividad

La denominada “**prima de actividad**” constituye una partida reconocida a los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública como parte de la asignación básica de los primeros y computable dentro de la asignación de retiro concedida a los segundos. También es reconocida al personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional.

Así, la citada prima se encuentra establecida para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo en el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 equivalente al siguiente:

“... al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico”

Por su parte, el artículo 159 *ibídem*, regula el cómputo de la referida prima para el personal retirado en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 159. CÓMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computa de la siguiente forma:

- Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).

- Para individuos con quince (15) o más de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).

- Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).

- Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).

Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%)”. (Negrillas del Despacho).

Al respecto, el 30 de diciembre de 2004, se expidió la Ley 923 de 2004, “[m]ediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad

con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política". El artículo 1° de la citada ley dispuso:

"ARTÍCULO 1o. ALCANCE. El Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen de la 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."

Fue así como, en desarrollo de la mencionada ley, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004, *"Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública"*.

Dicho decreto detalló en su artículo 13 las partidas computables sobre las cuales se liquidarán la asignación de retiro, la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivientes, así:

"ARTÍCULO 13. *Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La **asignación de retiro**, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

13.1 Oficiales y Suboficiales:

(...)

13.1.2 Prima de actividad" (Negrilla fuera de texto).

Posteriormente, en el año 2007, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2863 de 2007, mediante el cual se modificó el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007, disponiendo un incremento de la PRIMA DE ACTIVIDAD, tanto para el personal activo como para el retirado, en los siguientes términos:

"Artículo 2°. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:

Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1° de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto ley 1214 de 1990.

A su turno, el artículo 4° *ibídem*, determinó:

"En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los

Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007”.

Conforme a esta última preceptiva se dispuso la incidencia de dicho incremento en la asignación de retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, retirado antes del 1° de julio de 2007, en virtud del principio de oscilación, preceptiva que aplica al demandante, por cuanto ostenta la calidad de retirado a partir del 5 de abril de 1973.

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. La disposición legal aplicable es la vigente al momento del reconocimiento de la asignación de retiro.

De las pruebas allegadas al expediente se advierte que mediante Resolución No. 1981 del 19 de julio de 1973, se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del demandante por haber prestado sus servicios por 24 años 1 mes y 6 días, razón por la cual al momento del retiro se le reconoció como prima de actividad un 15%.

Ahora bien, de la lectura del libelo demandatorio se advierte que lo pretendido es la reliquidación de la partida prima de actividad en su asignación de retiro, en un porcentaje del 33% en aplicación al Decreto 4433 de 2004 y, a partir del 1° de julio de 2007, el 49.5% de conformidad con el Decreto 2863 de 2007.

Sobre el particular, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en Sentencia del °1 de febrero de 2007, Magistrado Ponente doctor Ilvar Nelson Arévalo Perico, Expediente No. 2005-5390, señaló:

"De esta forma el derecho a la asignación de retiro le fue reconocido al impugnante mediante la Resolución No. 2819 del 16 de junio de 2004, a

partir de la fecha en que terminaron los tres meses de alta, esto es a partir del 16 de junio de 2004, según lo dispone el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990, momento para el cual ya había recobrado plena vigencia: el Decreto 1213 de 1990, en virtud de la - reincorporación automática ordenada mediante la sentencia C-432 del 6 de mayo de 2004, como consecuencia de la desaparición del ordenamiento jurídico del Decreto 2070 de 2003 y del numeral 3º del artículo 17 de la Ley 797 de 2003.

"Así las cosas, es claro que dada la fecha en la que al actor adquirió el derecho a devengar la asignación de retiro, vale decir, el 16 de junio de 2004, la disposición aplicable para efectos de liquidar la asignación de retiro u determinar el porcentaje de la prima de actividad como partida computable en dicha prestación, es el Decreto 1213 de 1990, el cuál en su artículo 101, según quedó visto en párrafos precedentes, asigna diferentes porcentajes para la prima de actividad, dependiendo del tiempo de servicio prestado por el funcionario a la Institución Policial.

"En este orden de ideas, encuentra la Sala que la entidad accionada aplicó en debida forma el porcentaje de la prima de actividad al momento de liquidar la asignación de retiro del actor, pues se encuentra acreditado dentro del expediente (fls. 3 a 4) que el actor contaba con un tiempo de servicios superior a veinte (20) años pero inferior a veinticinco (25) de tal forma que tenía derecho tan sólo al 20% del sueldo básico, por este concepto, asunto por el cual las súplicas de la demanda no está llamadas a prosperar" (subrayado fuera de texto)².

En el mismo sentido se pronunció el H. Consejo de Estado en sentencia del 16 de abril de 2009³, así:

"La prima de actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de la fuerza pública, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

Como la demandante prestó sus servicios a la entidad demandada durante 20 años, 6 meses y 16 días, tenía derecho a que se le computara el 25% de prima de actividad en su asignación de retiro.

La disposición legal aplicable al caso se encuentra contenida en el Decreto 096 de 1989, debido a que la fecha de retiro de la actora, 16 de mayo de 1990, se encontraba vigente este Decreto, el cual estableció como ya se dijo, que para los individuos con tiempo de vinculación entre 20 y 25 años se les liquidará en su asignación de retiro, un porcentaje del 25% lo cual aplicó la entidad demandada en la Resolución 5259 del 8 de noviembre de 1990".

²En el mismo sentido ya se ha pronunciado, en punto de la prima de actividad, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, mediante sentencias de 21 de julio de 2005, M.P. Dra. María del Carmen Jarrín Cerón, Exp. 03-1207, actor Carlos Alberto Uribe Santos, demandado Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; y de 1 de febrero de 2007, M.P. Dr. Libar Nelson Arévalo Perico, Exp. 2005-5390, actor Rafael Beltrán Hernández, demandado la citada Caja.

³M.P. Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila, exp: 25000-23-25-000-20021019401

Así las cosas, bajo el marco jurisprudencial expuesto es claro que la prima de actividad constituye factor de liquidación para las asignaciones de retiro en los porcentajes y en los términos establecidos en las normas vigentes al momento del retiro del servicio y por ello el Decreto 4433 de 2004 no se pudo aplicar en forma retroactiva a una situación que ya se encontraba definida en vigencia de la normatividad anterior.

Descendiendo al caso bajo examen, se evidencia que el señor Álvaro Francisco Vásquez Vásquez, prestó sus servicios durante más de 24 años, siendo retirado del servicio a partir del 4 de abril de 1973, por lo que las partidas computables para la liquidación de su asignación de retiro son las establecidas en la norma vigente en esa época, es decir, el 2337 de 1971, el cual estableció un porcentaje del 15% para Oficiales y Suboficiales con más de 20 años de servicio, retirados por solicitud propia.

En ese sentido, fue con base en dicha norma y en el porcentaje allí establecido que la entidad demandada reconoció al demandante la partida computable de prima de actividad, por lo que el Despacho considera que su actuación se enmarca dentro de la Ley que rige la aludida prestación.

5.5.2. Aplicación del decreto 2863 de 2007 al caso particular del actor. Variación del criterio acogido por el Despacho.

Mediante el Decreto 2863 de 2007, el Gobierno Nacional modificó el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007, *“por el cual se modificaron los sueldos básicos para los miembros de la fuerza pública y se dictaron otras disposiciones en relación con el régimen pensional y de asignación de retiro”*, entre ellas, se dispuso un incremento de la PRIMA DE ACTIVIDAD, tanto para el personal activo como para el retirado, en los siguientes términos:

“Artículo 2°. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:

Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1° de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto ley 1214 de 1990.

A su turno, el artículo 4° ibídem, determinó:

“ En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007”.

Conforme a esta última preceptiva se dispuso la incidencia de dicho incremento en la asignación de retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional retirado antes del 1° de julio de 2007, en virtud del principio de oscilación, preceptiva que aplica al demandante, por cuanto ostenta la calidad de retirado a partir del 19 de julio de 1973.

Ahora bien, se acredita de la certificación expedida por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES de fecha 02 de septiembre de 2015, que, para el año 2005, la entidad demandada le reconocía al actor la prima de actividad en un 25%.

Ahora bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto 2863 de 2007 la entidad demandada interpretó que al porcentaje de prima de actividad devengado por el demandante al 1° de julio de 2007, se le debía aumentar el 50% que dispuso dicha norma, y en tal virtud al 25% de prima de actividad que devengaba el actor a dicha fecha, le aplicó el 50%, lo que equivalió al 12,5%, para un total de 37,5%, tal como se advierte de la certificación mencionada.

Por su parte, el demandante entiende que el retirado tiene derecho a que se le incremente la partida de prima de actividad en el mismo porcentaje en que se le incrementó al activo correspondiente al mismo grado, por lo que desde el 2005 se le debe reconocer el 33% y, a partir del 1° de julio de 2007 el 49.5%.

Es claro entonces que nos enfrentamos a una norma que admitió interpretaciones disímiles, siendo esta última la acogida por esta juzgadora en casos similares al que aquí se discute, entre otros, en fallo del 21 de

febrero de 2019, DEMANDANTE: Orlando Guaqueta Vesga, DEMANDADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

No obstante, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “B”, con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en sentencia del 30 de noviembre de 2017, en un caso de similares características al presente, determinó:

*“De lo anterior, se tiene que CASUR **ha venido reconociendo y liquidando al actor a partir del 1° de julio del 2007 la partida computable prima de actividad un 37.5%, según se prueba de los comprobantes de pago.** En ese sentido la Caja efectuó el reajuste en la proporción indicada en los artículos 2° y 4° del Decreto 2863 del 2007, de modo tal **que antes del mes de julio de 2007 la parte actora tenía una prima de actividad del 25% y a partir de julio de 2007 comenzó a devengar un porcentaje del 37.5%, por lo tanto la entidad no le adeuda suma alguna por dicho concepto.***

Para la Sala, cuando el artículo 4° del Decreto 2863 del 2007 señala el derecho de ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, al remitirse al artículo 2° del mismo decreto se refiere en concreto al porcentaje del 50% y no al resultado de aplicar el 50% al 25% de que trata el artículo 142 del Decreto 2062 de 1984.

*Es de resaltar que **para el cómputo del aumento referido debe observarse el tiempo de servicio y el porcentaje reconocido al momento de la adquisición del status, por cuanto de acuerdo a éstos es que se ajusta la prima de actividad en un 50%, en tanto la disposición hace referencia al aumento en el valor de una variable, lo cual implica que el ajuste de la prima de actividad del 50% tiene lugar respecto de la proporción reconocida al demandante cuando consolidó su derecho.***

*En consecuencia, es del caso confirmar la sentencia de primera instancia, ya que los artículos 2° y 4° del Decreto 2768 del 2007 establecen expresamente que los Suboficiales con asignación de retiro de las Fuerzas Militares tienen derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, **lo que no es nada diferente a que se le aplique el 50% de incremento del porcentaje de prima de actividad que percibe como retirado, que es lo que ha hecho la entidad demandada desde el 1° de julio del 2007.***

Entonces, si bien es cierto el demandante tiene derecho a que se le incremente su prima de actividad, en el porcentaje consagrado en el Decreto 2863 del 2007, no es posible acceder a lo pretendido por el actor, por cuanto

al revisar integralmente el expediente encuentra la Sala que la entidad demandada ya realizó el reajuste ordenado por dicho estatuto.” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En este sentido, a partir de la presente providencia, esta juzgadora acoge el criterio jurisprudencial expuesto por el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en la sentencia anteriormente transcrita y, bajo el mismo, encuentra que la reliquidación de la prima de actividad realizada al actor se encuentra conforme a lo dispuesto en el decreto 2863 de 2007, pues al 25% de prima de actividad que devengaba al momento del retiro, la entidad demandada le aplicó el 50%, lo que equivalió al 12,5%, para un total de 37,5%, tal como se advierte de la certificación anteriormente mencionada, razón suficiente para denegar las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo demandado.

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.

CUARTO.- Se reconoce personería a la doctora **KATHERIN VANESSA FEIJO CASTELLANOS**, como apoderada de la entidad demandada, de conformidad con al poder conferido por el doctor Leonardo Pinto Morales, en su condición de Director y Representante Legal de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

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° 017 de hoy 29 de junio 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: **3db4d4a43623d14c8bfb9abffbd2e9e43fa5415389c3f13bf69f095d5229b2c1**
Documento generado en 28/06/2021 11:50:29 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., veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso:	11-001-33-35-018- 2020 -00 151 -00
Demandante:	ADELA ARIAS LÓPEZ
Demandados:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y HOSPITAL MILITAR CENTRAL
Asunto:	SENTENCIA

La señora **ADELA ARIAS LÓPEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 39.526.102, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y del HOSPITAL MILITAR CENTRAL, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES

1.1.1. La parte demandante pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. SUB 292410 del 23 de octubre de 2019 y DPE 1726 del 30 de enero de 2020, por medio de las cuales Colpensiones ordenó la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante y resolvió el recurso de apelación interpuesto contra dicho acto administrativo, confirmándolo en su integridad.

Igualmente solicitó la nulidad del Oficio No. E-00003-201911692 del 26 de diciembre de 2019, a través del cual el Hospital Militar Central, manifestó que no tiene pagos pendientes por conceptos de aportes a la seguridad social, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1158 de 1994.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, la parte demandante solicitó que se condene a la **Administradora Colombiana de Pensiones**, a:

1.1.2. Reliquidar y pagar la pensión de vejez, teniendo en cuenta para el cálculo del monto pensional, además de la asignación básica y la bonificación por servicios, los recargos nocturnos, dominicales y festivos contemplados en el Decreto 1158 de 1993, obteniendo un IBL de \$4.063.214,30 m/cte., al cual se le aplica una tasa de remplazo del 77.25%, con formula decreciente, prestación que deberá pagarse en cuantía que no sea inferior a la suma de \$3.138.674,01 m/cte., a partir del 1 de julio de 2017.

1.1.3. Pagar las diferencias adeudadas que se causen con los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, tal como lo autoriza el artículo 48 de la Constitución Política, el inciso primero del artículo 193 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

1.1.4. Pagar los intereses moratorios sobre la suma de dinero adeudada, a la tasa máxima legal permitida, de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Subsidiariamente, en caso de no accederse a la pretensión anterior, se deprecó:

1.1.5. Pagar los intereses moratorios contenidos en el artículo 195 del C. P. A. C. A., en el evento que no se dé cumplimiento al fallo que profiera el Despacho, dentro del término dispuesto en el artículo 192 *ejusdem*.

1.1.6. Pagar los intereses moratorios señalados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las diferencias de mesadas causadas a partir del día siguiente a la ejecutoria del fallo, hasta la inclusión y pago de los rubros correspondientes.

Así mismo, a título de restablecimiento del derecho la demandante solicitó que se condene al **Hospital Militar Central**, a:

1.1.7. Pagar el 100% de las diferencias de los aportes para pensión, a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, teniendo en cuenta lo que devengó por concepto de recargos nocturnos, dominicales y festivos durante el tiempo que estuvo vinculada en el Hospital Militar Central, a través del respectivo cálculo actuarial que elabore la administradora de pensiones, como lo contempla el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 y cualquier recargo o multa que se genere.

1.1.8. Asumir el valor de la diferencia existente entre la pensión que le fue reconocida por Colpensiones y la que debió percibir si se hubiesen efectuado las cotizaciones sobre los factores señalados en el numeral anterior.

1.2. HECHOS.

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

1.2.1. La demandante nació el 30 de mayo de 1959 y prestó sus servicios en el Hospital Militar Central, bajo la modalidad de relación legal y reglamentaria, acreditando un total de 1.804 semanas, que corresponden a 37 años y 6 meses de servicio público.

1.2.2. En la Historia Laboral de Colpensiones, se presenta una inconsistencia, dado que figuran unos tiempos de servicio prestados a la Secretaría Distrital de Salud, entre el 1 de enero de 1995 y el 20 de febrero de 1996, lapso en el que laboró al servicio del Hospital Militar Central.

1.2.3. Al 1° de abril de 1994, contaba con 34 años de edad y 10 años de servicio, razón por la cual no es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y su derecho pensional deber ser reconocido en los términos de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

1.2.4. Efectuó cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida con ocasión de su vinculación con empleadores privados, simultáneamente con su labor en el Hospital Militar Central.

1.2.5. Mediante la Resolución No. GNR 1355 del 4 de enero de 2017, Colpensiones le reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez en cuantía de \$2.441.650, para el año 2017, en aplicación de la Ley 797 de 2003, es decir al acreditar 57 años de edad, más de 1.300 semanas y calculada con el promedio de los últimos 10 años, de los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio.

1.2.6. Se retiró del servicio el 1 de julio de 2017 y a través de la Resolución No. SUB 102687 del 20 de junio de la misma anualidad, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, la incluyó en nómina de pensionados, ordenando el pago de \$2.601.111,00 m/cte. que se obtiene de un IBL de \$3.391.279,00 m/cte., al que se le aplica una tasa de reemplazo de 76.70%.

1.2.7. En la certificación de factores de salario expedida por la Subdirección Administrativa del Hospital Militar Central, tal como lo dispone el Decreto 1158 de 1994, se evidencia que devengó asignación básica, bonificación por servicios prestados, recargos nocturnos, dominicales y festivos, entre otros, los cuales debieron estimarse para el cálculo de la pensión, en el periodo comprendido entre el 11 de mayo de 2007 y el 30 de junio de 2017.

1.2.8. La liquidación de la pensión, incluyendo los factores que taxativamente indica el Decreto 1158 de 1994, debió calcularse sobre un IBL de \$4.063.214,30, m/cte., al cual se aplica una tasa de reemplazo del 77.25%, teniendo en cuenta 1.804 semanas cotizadas, para una mesada pensional de \$3.138.674, efectiva al 1 de julio de 2017.

1.2.9. Al revisar el reporte de historia laboral que expide Colpensiones, se encuentra una diferencia entre el IBC cotizado por el Hospital Militar Central y el IBL que dispone la norma, el cual se atribuye a que el nominador no efectuó descuentos por aportes al sistema, de lo

efectivamente devengado por concepto de recargos nocturnos, horas extras, dominicales y festivos.

1.2.10. Mediante escrito del 21 de agosto de 2019, le solicitó al Hospital Militar Central que revisara los aportes al sistema General de Pensiones, por cuanto existe un reporte inexacto en cuanto a la cuantía del salario, al no haberse efectuado las respectivas deducciones por concepto de recargos nocturnos, dominicales y festivos.

1.2.11. A través del Oficio No. E-00003-201907667 del 26 de agosto de 2019, el Coronel Cesar Augusto Barrios Reina, Subdirector Administrativo y la doctora Sandra Patricia Galeano Camacho, Jefe de la Unidad de Talento Humano (E) del Hospital Militar, le comunicaron que se realizaría una búsqueda y consecución de las planillas del pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, para cotejar el ingreso base de liquidación, así como la instalación de una mesa de trabajo con Colpensiones, para definir los lineamientos sobre la liquidación de los aportes.

1.2.12. El 20 de agosto de 2019, le solicitó a Colpensiones la reliquidación de la pensión, teniendo en cuenta además de la asignación básica y la bonificación por servicios, los recargos nocturnos, dominicales y festivos.

1.2.13. Por medio de la Resolución No. SUB 29241 del 23 de octubre de 2019, Colpensiones reliquidó la pensión, sin manifestarse respecto de la inclusión en el IBL de los recargos nocturnos y dominicales y festivos.

1.2.14. Mediante la Resolución No. DPE 1726 del 30 de enero de 2020, Colpensiones resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el acto administrativo señalado precedentemente, confirmándolo en todas y cada una de sus partes y declara agotada la vía gubernativa.

1.2.15. A través del Oficio No. E-00003-201911692 del 26 de diciembre de 2019, Colpensiones señaló que en aplicación de los artículos 22 y 23 de la Ley 100 de 1993, se efectuó el pago de los aportes en los porcentajes establecidos para empleado y empleador y, por lo tanto, no hay lugar a la revisión y pago de los aportes al Sistema de Seguridad social en Pensiones, sobre los recargos nocturnos, dominicales y festivos.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 2º, 13, 25, 53 y 58 de la Constitución Política; 21 y 127 del Código Sustantivo del Trabajo; 21, 22, 36 y 288 de la Ley 100 de 1993; el Decreto 1158 de 1994 y la Ley 797 de 2003, estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

Señaló que la demandante laboró al servicio del Hospital Militar Central, desde el 1 de junio de 1982 hasta el 30 de junio de 2017, en calidad de empleada publica, cotizando al Subsistema de Pensiones afiliada al Régimen de Prima Media administrado por el extinto Instituto de Seguro Sociales - ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, por un periodo superior a las 1.300 semanas, teniendo una edad superior a los 57 años, al momento del retiro definitivo.

Aludió que el Hospital Militar Central, entidad adscrita al Ministerio de Defensa Nacional, contaba con un régimen especial contenido en el Decreto 2701 de 1988, razón por la cual, la demandante solicitó en el año 2011, el reconocimiento pensional, debido a que para ese momento tenía 51 años y más de 20 de servicios prestados; sin embargo, la prestación fue negada pues al efectuar el análisis de su situación se encontró que no era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debiendo entonces acreditar una edad de 57 años y un mínimo de 1300 semanas de cotización.

Sostuvo que al acreditar el requisito de edad (57 años), la Administradora Colombiana de Pensiones, a través de las Resoluciones Nos. GNR 1355 del 04 de enero de 2017, SUB 102687 del 20 de junio de 2017, SUB 29241 del 23 de octubre de 2019 y DPE 1726 del 30 de enero de 2020, le reconoció la pensión a la demandante, dando cumplimiento parcialmente a la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, en cuanto a la edad y el tiempo de servicio, pues existen graves discrepancias respecto a los factores que deben integrar el IBL, toda vez que no tuvo en cuenta los rubros devengados y pagados a la demandante por concepto de recargos nocturnos, dominicales y festivos, con el argumento que sobre esos factores el nominador no le efectuó los descuentos de aportes en pensiones.

Indicó que el Hospital Militar Central, como nominador público de la demandante, afirmó que el caso de la actora se circunscribe a lo contemplado en el Decreto 2701 de 1988, el cual no contempla taxativamente los factores que aquí se reclaman, norma que como se señaló precedentemente no es aplicable a esta servidora pública, toda vez que no es beneficiaria del régimen de transición y, así lo fuera, reciente jurisprudencia de esa alta corporación, fijo como factores de salario para el cálculo de esas pensiones el Decreto 1158 de 1994, que imponía la obligación legal al empleador de cotizar sobre los dominicales y recargos nocturnos, entre otros.

Manifestó que al efectuar la liquidación de la pensión de la demandante tal como lo dispone la Ley 797 de 2003, con el promedio de lo devengado y los factores referidos en el Decreto 1158 de 1994, en el periodo de los últimos diez años, esto es del 11 de mayo de 2007 al 30 de junio de 2017, teniendo en cuenta la asignación básica, la bonificación por servicios, los recargos nocturnos, dominicales y festivos, se concluye que la pensión que debe reconocer el ente de previsión asciende a la suma de \$3.138.674,01 m/cte., obtenida de un IBL de \$4.063.214,30 m/cte., al cual se aplica una tasa de reemplazo del 77.25%, como fórmula decreciente, a partir del 1 de julio de 2017, como se consignó en la liquidación que se ocupó de realizar.

Adujo que al revisar la historia laboral de la actora, se encuentra una diferencia entre el IBC cotizado por el empleador y el IBL que dispone la norma, el cual se atribuye a que el Hospital Militar Central, no efectuó los descuentos por aportes al sistema de lo devengado por concepto de recargos nocturnos, dominicales y festivos, rubros de salario que por disposición legal el empleador debió efectuar las deducciones correspondientes y al no realizarse los mismos el empleador queda inmerso en las sanciones establecidas en el artículo 22 de la ley 100 de 1993.

Afirmó que ante la inconsistencia en los aportes efectuados por el ente nominador y lo realmente devengado por la actora, de conformidad con lo establecido en los artículos 22 a 24 de la Ley 100 de 1993, el Hospital Militar Central, como responsable de la retención y el pago debe asumir la sanción moratoria respectiva y corresponde a la administradora de

pensiones, la acción de cobro, tal como lo dispone el artículo 53 de la Ley 100 de 1993.

Precisó que el fondo de pensiones debe hacer uso de sus facultades coercitivas para cobrar las cotizaciones adeudadas por los empleadores y, de no hacerlo, la administradora termina respondiendo por los aportes, como ocurre en el presente caso, pues de los medios probatorios obrantes en el plenario, se encuentra demostrado que dicho aspecto fue puesto en conocimiento de Colpensiones, con el objeto que requiriera al referido Hospital por la falta de pago de aportes; no obstante, omitió dicho deber, pues en mesa de trabajo entre las dos entidades, se llega a la conclusión de que no hay obligación pendiente.

III. CONTESTACIONES

3.1. Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

La apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **25 de septiembre de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Refirió que por medio de la Resolución No. SUB 102687 del 20 de junio de 2017, en virtud de la Resolución No. 314 de 30 de marzo de 2017, proferida por el Hospital Militar, Colpensiones reliquidó y ordenó el ingreso en nómina de la pensión de vejez a favor de la demandante, con una mesada pensional de \$2.601.111,00 m/cte., efectiva a partir del 1 de julio de 2017, fecha en la cual se efectuó el retiro del servicio.

Indicó que mediante la Resolución No. SUB 292410 del 23 de octubre de 2019, se reliquidó la citada pensión en cuantía de \$2.655.853,00 m/cte., con un IBL de \$3.396.232,00 m/cte., al cual se le aplicó una tasa de reemplazo de 78.20%, de conformidad a la Ley 797 de 2003.

Aludió que Colpensiones al liquidar las prestaciones, tomó el salario base de cotización sobre el cual los empleadores elaboran sus autoliquidaciones

de aportes, por lo tanto no puede sumar factores salariales debido que se presume que el patrono ha tenido en cuenta todo lo que constituye el salario para efectuar los aportes respectivos, razón por la cual el cálculo de la pensión se realizó teniendo en cuenta las disposiciones legales aplicables, sin que se generaran valores a favor de la demandante, debido a que no hay modificación en la mesada pensional que actualmente percibe.

Sostuvo que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, estableció los requisitos para obtener la pensión de vejez, esto es: haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre y a partir del 1 de enero de 2014 la edad se incrementó a cincuenta y siete (57) años para la mujer y sesenta y dos (62) años para el hombre y el monto de la prestación que se reconozca, se define de acuerdo con lo contemplado en el artículo 10 de dicha disposición legal y para obtener el ingreso base de cotización, se toman los factores salariales establecidos en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994.

De otro lado, propuso las excepciones de:

3.1.1. Cobro de lo no debido: Manifestó que la entidad al momento de reconocer y pagar una pensión, aplica la normatividad vigente y los principios generales de favorabilidad en edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional, razón por la cual no hay lugar a acceder a las súplicas de la demanda.

3.1.2. Inexistencia del derecho reclamado: Afirmó que no ha nacido obligación en contra de Colpensiones y en favor de la actora, toda vez que la entidad reconoció el derecho pensional, de conformidad con lo establecido en la ley, teniendo en cuenta los tiempos laborados y cotizados, certificados por el empleador.

Afirmó que no es posible reliquidar la prestación de la demandante, con la inclusión de los factores que pretende en la presente demanda, pues el IBL se debe regir por las normas vigentes en la Ley 100 de 1993, el cual se obtiene sobre los últimos 10 años de cotizaciones, teniendo en cuenta los factores contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre

los mismos se hubieran efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones.

3.1.3. Prescripción: Solicitó que se declare probado dicho fenómeno jurídico frente a cualquier derecho que eventualmente se hubiese causado a favor de la demandante, de conformidad con las normas legales.

3.1.4. Buena fe: Indicó que la entidad demandada en todas y cada una de sus actuaciones legales actúa bajo el principio de buena fe, pues aplica de forma estricta la Constitución, la Ley y el precedente jurisprudencial.

3.1.5. Genérica o innominada: Deprecó que se declaren probadas las excepciones que el Despacho encuentre probadas dentro del presente asunto.

3.2. Hospital Militar Central.

El apoderado del Hospital Militar Central, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **26 de enero de 2021**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso los siguientes medios exceptivos:

3.2.1. Falta de causa, inexistencia de la obligación: Manifestó que no le asiste derecho o fundamento legal o de hecho a la actora respecto de las pretensiones solicitadas en la demanda, toda vez que el Hospital Militar Central no está obligado a la reliquidación de la pensión reconocida por Colpensiones.

Adujo que el Hospital Militar Central canceló a Colpensiones el correspondiente Bono Pensional Tipo “B”, **de conformidad con el cobro administrativo realizado por tal la entidad.**

3.2.2. Prescripción: Sostuvo que sin que implique reconocimiento alguno, en el evento de accederse a las pretensiones de la demanda, se tendrá que declarar dicho fenómeno jurídico frente al retroactivo que por cuotas partes deba girar el Hospital a Colpensiones, esto es, solo el mayor

valor por ese concepto, desde el 31 de julio de 2017, teniendo en cuenta que se admitió la demanda mediante auto del 31 de julio de 2020.

3.2.3. Genérica: Manifestó que por no requerir formulación expresa, deberá ser declarada de oficio por el Juzgado.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte Demandante

El apoderado de la demandante, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **2 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 vinculación de la actora en el Hospital Militar Central; **ii)** que no es beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; **iii)** los actos administrativos que le otorgaron la pensión de vejez; **iv)** que la prestación le fue reconocida, en virtud de lo dispuesto en la Ley 797 de 1993, con la inclusión de los factores contenidos en el Decreto 1158 de 1994 y **v)** que Colpensiones para determinar el IBL no tuvo en cuenta los recargos nocturnos, dominicales y festivos que laboró, debido a que el empleador no realizó los aportes correspondientes.

4.2. Entidades demandadas

4.2.1. Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

La apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, a través de memorial allegado vía correo electrónico el **3 de junio de 2021**, solicitó que se nieguen las pretensiones deprecadas, con fundamento en lo expuesto en la contestación de la demanda y señalando que a la demandante no le asiste derecho a la reliquidación pensional, con la inclusión de los factores salariales pretendidos, toda vez que el responsable de reportar y certificar los rubros o factores constitutivos de salario es el Hospital Militar Central, quien determinó que no hay lugar a reconsiderar lo certificado a la administradora de pensiones.

Indicó que la liquidación de la pensión de la demandante se realizó teniendo en cuenta las disposiciones legales aplicables, sin que se generaran valores a su favor, debido a que no hay modificación en la mesada pensional que actualmente percibe; amén, que la tasa de remplazo aplicada por la entidad supera en gran medida la reclamada en la presente controversia.

4.2.2. Hospital militar central

El apoderado del Hospital Militar, mediante escrito allegado por correo electrónico el **27 de mayo de 2021**¹, solicitó que se denieguen las pretensiones incoadas por la demandante, toda vez que la entidad realizó las cotizaciones para el régimen de pensiones y no es la entidad a la que le corresponden el reconocimiento y pago de la pensión.

Reiteró que el Hospital Militar Central canceló a Colpensiones el correspondiente Bono Pensional Tipo “B”, de conformidad con el cobro administrativo realizado por la entidad y que el Decreto 2701 de 1988, norma especial, contempló los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de los aportes pensionales y allí no están reseñados como factor de salario los devengos por “DOMINICALES Y FESTIVOS”.

4.3. Ministerio Público

El señor Agente del Ministerio público, mediante escrito del **4 de junio de 2021**, allegado a través de correo electrónico el mismo día, manifestó que las pretensiones de la señora Adela Arias López debe ser despachadas desfavorablemente a sus intereses, por cuanto, no le resulta aplicable lo establecido en el Decreto 1158 de 1994.

Manifestó que el artículo 46 de la Ley 352 de 1997, en cuanto al régimen del personal, reguló que *«Las personas vinculadas al Hospital Militar Central tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales conforme a las normas vigentes, aunque en materia salarial y prestacional*

¹ Se tiene en cuenta el día siguiente, dado que el correo se envió el “miércoles, 26 de mayo de 2021 5:23 p.m.”

*deberán regirse por el régimen especial establecido por el Gobierno Nacional.» y conforme a la facultad otorgada, el presidente de la República expidió el Decreto 02 de 1998, según el cual **“Los empleados públicos y trabajadores del Hospital Militar Central quedarán sometidos al régimen de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias. En lo relativo a las demás prestaciones sociales se les aplicará el Decreto-ley 2701 de 1988 y normas que lo modifiquen o adicionen”** (negrita del Despacho).*

En ese sentido, aludió que, en el caso particular de la demandante, debe darse aplicación a lo dispuesto en los artículos 44 y 43 del Decreto 2701 de 1988, respecto al reconocimiento pensional y los factores de salario para su liquidación, los cuales no incluyen los recargos nocturnos, dominicales y festivos.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES

En cuanto a las excepciones de **cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado y buena fe**, propuestas por Colpensiones, así como **falta de causa e inexistencia de la obligación**, interpuesta por el Hospital Militar, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses 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 excepción de **prescripción** interpuesta por las entidades demandadas, se precisa que será resuelta en acápite siguiente de la presente providencia.

De otro lado, respecto a las excepciones **genérica o innominada** propuestas por las entidades demandadas, 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. Resolución No. GNR 1355 del 4 de enero de 2017, mediante la cual la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, le reconoció la pensión de vejez a la señora Adela Arias López, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, con un IBL de 75.14%, teniendo en cuenta los factores salariales contenidos en el Decreto 1158 de 1994, la cual quedó en suspenso hasta que se acreditara el retiro oficial del servicio.

5.2.2. Resolución No. 314 del 30 de marzo de 2017, por medio de la cual el Hospital Militar Central retiró del servicio a la señora Adela Arias López, a partir del 1 de julio de 2017, por tener derecho a una pensión de vejez.

5.2.3. Resolución No. SUB 102687 del 20 de junio de 2017, a través de la cual Colpensiones reliquidó la pensión de vejez de la actora, con un IBL del 76.70% y con los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, ordenando el ingreso a nómina, a partir del 1 de julio de 2017.

5.2.4. Oficio No. 05165 del 20 de marzo de 2019, con número de radicación R-00001-201909847 del 5 de junio de 2019, mediante el cual la Directora de Contribuciones Pensionales y Egresos de la Gerencia de Financiamiento e Inversiones de Colpensiones, le comunicó al Hospital Militar Central el trámite del cobro de bono pensional Tipo “B”, para la emisión y pago a la señora Adela Arias López, en virtud de la resolución proferida el 4 de enero de 2017.

5.2.5. Certificación expedida el **17 de junio de 2019**, por la Jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa (E) de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central, en la que hace constar que en los archivos de dicha entidad se evidenció que la demandante prestó sus servicios desde el 1 de junio de 1982 hasta el 1 de julio de 2017, en calidad de empleada pública. Igualmente, señala los montos que le fueron cancelados por concepto de sueldo básico y bonificación por servicios prestados, desde el

año 1994 hasta la fecha de su retiro, **sobre los cuales se realizaron aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensión y Riesgos Profesionales.**

5.2.6. Certificación expedida el **17 de junio de 2019**, por la Jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa (E) de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central, a través de la cual hace constar los montos que la demandante devengó por concepto de **recargos nocturnos, dominicales y festivos**, desde el mes de agosto de 1996 hasta que se retiró del servicio, reiterando que para dicho periodo *“los factores salariales tenidos en cuenta para los Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensión y Riesgos Laborales (ARL), fueron los siguientes: **Asignación Básica Mensual y Bonificación por Servicios Prestados**”.*

5.2.7. Resolución No. 563 del 21 de junio de 2019, por medio de la cual el Hospital Militar Central reconoce, emite y ordena el pago del Bono Pensional Tipo “B” de redención normal, causado por la demandante a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, de conformidad con la comunicación recibida en la entidad el 5 de junio de 2019.

5.2.8. Liquidación del bono pensional referido precedentemente, por la suma de \$95.022.000,00 m/cte.

5.2.9. Certificado de Disponibilidad Presupuestal, para el bono pensional de la actora, a cargo del Hospital Militar Central.

5.2.10. Comprobante de Egreso No. 000000000277333 del 4 de julio de 2019, respecto del bono pensional ordenado en la Resolución No. 563 del 21 de junio de 2019, por la suma de \$95.022.000,00 m/cte.

5.2.11. Oficio No. 00003-201906630 del 24 de julio de 2019, mediante el cual el Hospital Militar Central le solicitó al Presidente de la Administradora Colombiana de Pensiones agendar una mesa de trabajo, con el propósito de tratar temas relacionados con los aportes en pensión, toda vez que algunos servidores públicos no presentaron afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensión y, en consecuencia, el ISS no recibió en su momento la cotización; además, si bien se realizó un pago por

concepto de cotizaciones, lo cierto es que algunos funcionarios siguen presentando inconsistencias en sus historias laborales.

5.2.12. Escrito del **20 de agosto de 2019**, por medio del cual la demandante le solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones que requiera al Hospital Militar Central, por el reporte inexacto respecto a la cuantía del salario, sobre el cual realizó las cotizaciones para pensión y se reliquide la prestación, teniendo en cuenta los aportes efectuados en los últimos 10 años, esto es, del 11 de mayo de 2007 al 30 de junio de 2017, aplicando una tasa de remplazo del 75.75%, como consecuencia de las 1797 semanas cotizadas.

5.2.13. Petición elevada por la actora el **21 de agosto de 2019**, a través de la cual le solicitó al Hospital Militar Central que efectúe una revisión de los aportes que realizó al Sistema General de Pensiones, por cuanto existe un reporte inexacto en la cuantía del salario, al no realizarse las respectivas deducciones sobre lo que devengó por concepto de recargos nocturnos, dominicales y festivos.

5.2.14. **Resolución No. SUB 292410 del 23 de octubre de 2019**, por medio de la cual la Administradora Colombiana de Pensiones, reliquidó la pensión de vejez reconocida a la demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del 1 de julio de 2017 y para el ingreso base de liquidación dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 21 de la referida ley 100, con la inclusión de los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

5.2.15. **Oficio No. E-00003-201909812 del 30 de octubre de 2019**, por medio del cual el Subdirector del Sector Defensa y los Jefes de la Oficina Asesora y de la Unidad de Talento Humano le solicitaron apoyo al Director de Ingresos por Aportes, Gerencia de Financiamiento e Inversiones de Colpensiones, de que le informe si tiene alguna deuda pendiente correspondiente a la señora Adela Arias López.

5.2.16. Recurso de apelación promovido por la demandante el 19 de noviembre de 2019, en contra de la Resolución No. SUB 292410 del 23 de

octubre de 2019, con el objeto de que se reliquide la pensión de vejez que le fue reconocida, toda vez que Colpensiones no tuvo en cuenta los recargos nocturnos, dominicales y festivos que laboró en los últimos 10 años de servicio.

5.2.17. Oficio No. E-00003-201911692 del 26 de diciembre de 2019, a través del cual el Subdirector del Sector Defensa y los Jefes de la Oficina Asesora y de la Unidad de Talento Humano, le comunicaron al apoderado de la demandante, que no es procedente acceder a la revisión y pago de los aportes al sistema General de Seguridad Social en Pensión.

5.2.18. Resolución No. DPE 1726 del 30 de enero de 2020, a través de la cual Colpensiones resolvió desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Resolución No. SUB 292410 del 23 de octubre de 2019, confirmándola en su integridad.

5.2.19. Antecedentes administrativos de la demandante contentivo, entre otros, de los siguientes documentos:

- Certificado de salario base *“Para calcular los Bonos Pensionales de las personas incorporadas al Sistema General de Pensiones”* del 26 de septiembre de 2016, mediante el cual el Hospital Militar Central, hace constar que, en el caso de la demandante **realizó aportes pensionales por los conceptos de asignación básica y bonificación por servicios prestados.**
- Certificados de salarios mes a mes *“Para Liquidar Pensiones del Régimen de Prima Medida”* suscritos por el Hospital Militar Central, en los que hace constar que la actora devengó **asignación básica y bonificación por servicios prestados.**
- Certificación suscrita el 28 de septiembre de 2016, por la Jefe de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central, en la que hace constar que la demandante durante el último año de servicios devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, incapacidades, **recargos nocturnos, dominicales y festivos**, prima de navidad y bonificación por servicios prestados.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en el auto del 20 de mayo de 2021, los problemas que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar si la demandante tiene o no derecho: **i)** al reajuste de su pensión de vejez con la inclusión de los recargos nocturnos, dominicales y festivos, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1158 de 1994 y con una tasa de remplazo del 77,25% y **ii)** al pago de los intereses de mora establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

5.4. HECHOS PROBADOS Y NORMATIVIDAD APLICABLE.

El Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 5° de 1988², expidió el **Decreto 2701 de 1988**, norma que establece el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional, en cuyo artículo 44, contempló:

***“ARTÍCULO 44. PENSION DE JUBILACION. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es varón, o cincuenta (50), si es mujer, tiene derecho a que por la respectiva entidad se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de las asignaciones devengadas durante el último año de servicio, tomando como base los factores salariales señalados en el artículo 53 de este Decreto.*”**

No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen excepción y que la ley determine expresamente.

PARÁGRAFO. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a pensión de jubilación sólo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) horas o más. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.” (Resaltado del Despacho).

² “Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía y se dictan otras disposiciones”

Así las cosas, es importante precisar que el **Hospital Militar Central** es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, de conformidad con la norma que define su naturaleza jurídica, contenida en el artículo 2 del **Decreto 02 de 1998**³, según el cual:

“ARTÍCULO 2º. Naturaleza Jurídica. *El Hospital Militar Central es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.*

Ahora bien, el artículo 24 *ibídem*, frente al **régimen pensional** indicó que los servidores públicos del Hospital Militar Central están sometidos a las previsiones contenidas en la **Ley 100 de 1993**, así:

“ARTÍCULO 24. Régimen Prestacional. Los empleados públicos y trabajadores del Hospital Militar Central quedarán sometidos al régimen de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias. *En lo relativo a las demás prestaciones sociales se les aplicará el Decreto-ley 2701 de 1988 y normas que lo modifiquen o adicionen”* (negrita y subrayado del Despacho).

Por su parte, la Ley **100 de 1993**, creó el sistema de seguridad social integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de **vejez**, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios y en el artículo 33, modificado por la Ley 797 de 2003, preceptuó:

“ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. *Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

³ Decreto por el cual se aprueba el Acuerdo número 006 de la Junta Directiva del Hospital Militar Central.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

- a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;
- b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;
- c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.
- d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.
- e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.

(...)"

Respecto al monto de la prestación, el artículo 34 *ejusdem*, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, indicó:

“ARTÍCULO 34. MONTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima”.

En el artículo 36 de dicha disposición legal, se consagró 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 más 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).

(...).”.

Se observa, entonces, que la Ley 100 de 1993, creó un régimen de transición, que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al momento en que entró en vigencia, se sigan rigiendo por lo establecido en

el régimen anterior al cual se encontraban afiliados, en cuanto a lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, mientras que respecto al IBL, se deben tener en cuenta las reglas contenidas en la referida disposición legal, para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se encuentren sometidos.

En el caso de autos, se encuentra demostrado que, al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la señora Adela Arias López, contaba con **34 años de edad**, dado que nació el **30 de mayo de 1959**, tal como se señaló en la Resolución No. SUB 102687 del 20 de junio de 2017, expedida por Colpensiones y contaba con **11 años de servicios**, toda vez que su vinculación con el Hospital Militar Central tuvo lugar el **1 de junio de 1982**, como se acredita en las certificaciones laborales expedidas por dicha entidad y en el citado acto administrativo, razón por la cual **no se encuentra dentro de las previsiones del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993**.

En ese sentido, no le asiste razón al señor Agente del Ministerio Público y al apoderado de la entidad demandada, al sostener que a la demandante le resultaba aplicable el **Decreto 2701 de 1988**, toda vez que como quedó demostrado, no cumplía los requisitos del régimen de transición señalado precedentemente, razón por la cual, en materia pensional, se regía por las previsiones contenidas en la Ley 100 de 1993, en su integridad.

Descendiendo al caso bajo examen, se advierte que, mediante la **Resolución No. GNR 1355 del 4 de enero de 2017**, la Administradora Colombiana de Pensiones, le reconoció la pensión de vejez a la señora Adela Arias López, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, con un IBL de **75.14%** y con los **factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994**, toda vez que no era beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de dicha disposición legal, puesto que, como se señaló anteriormente, para el 1 de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la aludida normatividad, no tenía 35 años de edad o 15 años de servicios, prestación que quedó en suspenso hasta tanto la pensionada allegara el acto administrativo de retiro.

Posteriormente, a través de la Resolución No. SUB 102687 del 20 de junio de 2017, Colpensiones reajustó la pensión de vejez de la actora, con un IBL del **76.70%**, ordenando el ingreso a nómina, a partir del 1 de julio de 2017 y en cuantía de \$2.601.111,00 m/cte. y por medio de la **Resolución No. SUB 292410 del 23 de octubre de 2019**, dicha entidad reliquidó la prestación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y para el ingreso base de liquidación dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 21 de la referida ley 100⁴, determinando que le asistía el derecho a una tasa de remplazo del **78.20%**, con **la inclusión de los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994**.

Así las cosas, se encuentra demostrado que Colpensiones al reconocer la pensión de vejez de la demandante dio aplicación a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, tomando como ingreso base de liquidación (IBL) el **78.20%** del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio.

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

“ARTÍCULO 1º. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;**
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;**
- g) La bonificación por servicios prestados” (negrita fuera del texto original).

⁴ “ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, 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, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo”

Ahora bien, obra en el plenario el Certificado de salario base “*Para calcular los Bonos Pensionales de las personas incorporadas al Sistema General de Pensiones*” del 26 de septiembre de 2016, mediante el cual el Hospital Militar Central, hace constar que, en el caso de la demandante **realizó aportes pensionales por los conceptos de asignación básica y bonificación por servicios prestados.**

Igualmente, se aportó al expediente los Certificados de salarios mes a mes “*Para Liquidar Pensiones del Régimen de Prima Medida*” suscritos por el Hospital Militar Central, en los que hace constar que la actora devengó **asignación básica y bonificación por servicios prestados.**

Ahora, de la Certificación suscrita el **28 de septiembre de 2016**, por la Jefe de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central, se advierte que la demandante durante el último año de servicios devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, incapacidades, **recargos nocturnos, dominicales y festivos**, prima de navidad y bonificación por servicios prestados.

Así mismo, de la Certificación expedida el **17 de junio de 2019**, por la Jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa (E) de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central, se desprende que la demandante por el periodo comprendido entre los años 1994 y 2017, devengó: **sueldo básico y bonificación por servicios prestados**, sobre los cuales se realizaron aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensión y Riesgos Profesionales.

Por su parte, de la Certificación expedida el **mismo día**, por la mencionada funcionaria se acredita que la demandante en el referido periodo, también devengó **recargos nocturnos, dominicales y festivos**, desde el mes de agosto de 1996 hasta que se retiró del servicio; sin embargo, se dejó constancia que “*los factores salariales tenidos en cuenta para los Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensión y Riesgos Laborales (ARL), fueron los siguientes: Asignación Básica Mensual y Bonificación por Servicios Prestados*”.

Como puede verse, el Hospital Militar Central omitió realizar los aportes al Sistema General de Pensiones de la actora, frente a los **recargos nocturnos, dominicales y festivos**, los cuales se encuentran taxativos en el Decreto 1158 de 1994, incumpliendo lo previsto en los artículos 17 (modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003) y 22 de la Ley 100 de 1993, a cuyo tenor:

“ARTÍCULO 17. OBLIGATORIEDAD DE LAS COTIZACIONES. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen...”.

Por su parte, el artículo 22 *ibídem*, señaló:

“ARTÍCULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”.

Sobre el particular, mediante el Oficio No. 05165 del 20 de marzo de 2019, con número de radicación R-00001-201909847 del **5 de junio de 2019**, la Directora de Contribuciones Pensionales y Egresos de la Gerencia de Financiamiento e Inversiones de Colpensiones, le comunicó al Hospital Militar Central el trámite del cobro de bono pensional Tipo “B”, para la emisión y pago de la señora Adela Arias López, en virtud de la **Resolución No. GNR 1355 del 4 de enero de 2017**, así:

“(…)

A continuación se proyecta el valor del Bono Pensional de conformidad con el artículo 9 y 16 del Decreto 3798 de 2003, y parágrafo 2, del artículo 6 del decreto 4937 de 2009:

CONTRIBUYENTES	No. de días	Vr. a Fecha de Corte (01/12/1994)	Vr. Act. y Cap. de fecha de Corte a fecha de Resolución Pensión (04/01/2017)	Vr. Actualizado de fecha de Resolución Pensión a fecha de cobro (20/03/2019)
HOSPITAL MILITAR CENTRAL - EMISOR	4306 ✓	7,012,201	86,231,711	93,716,000

(…)”

En virtud de lo anterior, a través de la **Resolución No. 563 del 21 de junio de 2019**, el Hospital Militar Central reconoció, emitió y ordenó el pago del Bono Pensional Tipo “B” de redención normal, causado por la demandante a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, de conformidad con la comunicación recibida en la entidad el **5 de junio de 2019**, efecto para el cual, se realizó la siguiente liquidación:

“(…)

PORTAL DEL APORTANTE COLPENSIONES								
Liquidación de Bonos Pensionales - Detalle de Pago								
HOSPITAL MILITAR CENTRAL N-830040256								
Ref Liq: 04319000014030								
DOCUMENTO	AFILIADO	BONO	T.DEUDA	CALIDAD	FECHA CORTE	VR. CORTE	VR.PROY	PAGOS
C - 39526102	ADELA ARIAS LOPEZ	B	Normal	EMISOR	01/12/1994	\$7.012.201	\$95.022.000	0
TOTALES						\$7.012.201	\$95.022.000	

(…)”

Ahora bien, el Hospital Militar Central, por medio del **Oficio No. 00003-201906630 del 24 de julio de 2019**, le solicitó al Presidente de la Administradora Colombiana de Pensiones agendar una mesa de trabajo, con el propósito de tratar temas relacionados con los aportes en pensión, toda vez que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, algunos servidores públicos no presentaron afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensión y, en consecuencia, el ISS no recibió en su momento la cotización, situación que ocasionó que se encontrara por definir el método que se debe utilizar para liquidar los apoderes de abril a diciembre de 1994.

Igualmente, refirió que como base de cotización se debe tener en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994, el cual establece los factores que forman parte de la base de cotización al sistema pensional y, por lo tanto, era indispensable conocer si a esa fecha existía alguna obligación pendiente por cancelar.

Así mismo, precisó que si bien realizó un pago por concepto de aportes, lo cierto es que **algunos funcionarios siguen presentando inconsistencias en sus historias laborales.**

Luego, a través de escrito del **20 de agosto de 2019**, la demandante le solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones que requiera al Hospital Militar Central, por el reporte inexacto respecto a la cuantía del salario, sobre el cual realizó las cotizaciones para pensión y se reliquide la prestación, teniendo en cuenta los aportes efectuados en los últimos 10 años, esto es, del 11 de mayo de 2007 al 30 de junio de 2017, aplicando una tasa de remplazo del 75.75%, como consecuencia de las 1797 semanas cotizadas.

Igualmente, por medio de la petición elevada por la actora el 21 de agosto de 2019, la demandante le solicitó al Hospital Militar Central que efectuara una revisión de los aportes que realizó al Sistema General de Pensiones, por cuanto existe un reporte inexacto en la cuantía del salario, al no realizarse las respectivas deducciones sobre lo que devengó por concepto de recargos nocturnos, dominicales y festivos.

Al respecto, el Subdirector del Sector Defensa y los Jefes de la Oficina Asesora y de la Unidad de Talento Humano, mediante el **Oficio No. E-00003-201909812 del 30 de octubre de 2019**, le solicitaron apoyo al Director de Ingresos por Aportes, Gerencia de Financiamiento e Inversiones de Colpensiones, con el objeto de que se les informara si tenían alguna deuda pendiente correspondiente a la señora Adela Arias López, en los siguientes términos:

“(…)

En mi calidad de jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Hospital Militar Central, de conformidad con lo establecido en el artículo quinto (5°) numeral cuarto (4°) del Decreto 4780 de 2008, atentamente, informo que de acuerdo a la mesa de trabajo que se lleva a cabo el día 11 de septiembre de la presente anualidad, mediante la cual se le revisaron los aportes de algunos funcionarios y funcionarias del Hospital Militar Central, a fin de determinar si a la fecha, esta Entidad tiene deuda pendiente por concepto de aportes en pensión.

Así las cosas, se requiere de su apoyo con el fin de informar si la fecha de una deuda pendiente correspondiente a la señora Adela Arias López identificada con Cédula de Ciudadanía No. 39.526.102 de Engativá.

Lo anterior, obedece requerimiento presentado por la señora del área López en cuanto al pago de aportes según lo establecido en el decreto 1158 de 1994.

(...)"

Por su parte, la demandante el 19 de noviembre de 2019, interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución No. SUB 292410 del 23 de octubre de 2019, con el propósito de que se reliquidara la pensión de vejez que le fue reconocida, toda vez que Colpensiones no tuvo en cuenta los recargos nocturnos, dominicales y festivos que laboró en los últimos 10 años de servicio.

Ahora bien, por medio del Oficio No. E-00003-201911692 del 26 de diciembre de 2019, el Subdirector del Sector Defensa y los Jefes de la Oficina Asesora y de la Unidad de Talento Humano, le comunicaron al apoderado de la demandante, respecto a la petición que elevó atinente a la revisión y pago de los aportes al sistema General de Seguridad Social en Pensión, lo siguiente:

"(...)

Con respecto a lo manifestado en nuestro oficio (numerales 1, 2 y 3), se efectuó revisión de los antecedentes que reposan en la Entidad relacionados con la liquidación y pago de aportes a la seguridad social, correspondiente a los últimos diez (10) años desde mayo de 2007 hasta junio de 2017; tales como, pagos de nómina, planillas de autoliquidación de aportes en medio físico y magnético, pudiendo constatar que en su momento estos fueron cancelados para la afiliada Adela Arias López.

De esta manera, el Hospital Militar Central en su momento dio aplicación a los artículos 22 y 23 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que se efectuó el pago de los aportes a Seguridad Social en los porcentajes establecidos por Ley, para empleado y empleador, y dentro de los términos de ley para su correspondiente pago.

Con respecto al numeral cuatro (4) de nuestro oficio, que se relaciona con la mesa de trabajo que se solicitó a Colpensiones, esta se llevó a cabo el día 11 de septiembre de la presente vigencia y, en ella se efectuó revisión de pago de aportes de funcionarios y exfuncionarios a fin de determinar si existía obligación pendiente por parte del Hospital Militar Central. De lo revisado, no se reflejó pago pendiente por este concepto.

Es por ello que, mediante oficio IdControl: 51952 de fecha 30 de octubre de 2019, radicado en Colpensiones con N° 2019_ 14715455 de fecha 31 de octubre de la presente anualidad, nuevamente se solicitó que se informe a esta Entidad, si a la fecha existe obligación pendiente en cuanto al pago de aportes a la Seguridad Social en Pensión, según lo establecido en el Decreto 1158 de 1994 (anexo copia).

La anterior solicitud se elevó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en atención a lo indicado en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, que trata sobre la acción de cobro a cargo de las entidades administradoras de los diferentes regímenes.

De esta manera se puede concluir que, por el momento no es procedente acceder a lo solicitado por usted dentro de sus pretensiones relacionadas con *"1. Que en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994 y las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se efectúe la revisión de los aportes al sistema de Seguridad Social en pensiones, por cuanto existe un REPORTE INEXACTO EN CUANTO A LA CUANTÍA DEL SALARIO, al no haberse efectuado las respectivas deducciones sobre lo devengado por mi mandante por CONCEPTO DE RECARGOS NOCTURNOS Y DOMINICALES Y FESTIVOS, en concordancia con los artículos 22, 23 y 24 de la Ley 100 de 1993"*.

(...)"

Finalmente, a través de la Resolución No. DPE 1726 del 30 de enero de 2020, Colpensiones resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Resolución No. SUB 292410 del 23 de octubre de 2019, señalando lo siguiente:

«(...)

Que la DIRECCIÓN DE Historia Laboral mediante radicado 2020_821925 entorno a los factores salariales de referencia, expreso:

“Cuando el empleado requiere realizar el pago de diferencias de aportes a pensión respecto de algún trabajador, lo procedente es que el mencionado aportante realice el correspondiente pago por medio de los operadores PILA Ante quien deberá suministrar el código de información 25 14 NIT 900.336.004-7 habilitado para Colpensiones, Diligenciando la planilla n para pagos con corrección, la cual le permite realizar el pago de períodos ya cancelados y de los cuales se desea corregir o ajustar algún dato, ya sea tarifas, IBC, salarios o días cotizados; Precisando que dichos pagos se liquidan con los respectivos intereses de mora por parte del operador PILA, Teniendo en cuenta los topes establecidos en el artículo 18 de la ley 100/93 y el artículo 5 de la ley 797/03 reglamentados por el Artículo 3° del decreto 510 de 2003 y acto legislativo 01 de 2005”

Por lo tanto el salario mensual, que el empleador declara por su trabajador y del cual se deduce la cotización para el riesgo de vejez, debe estar conformado por todos aquellos factores que constituyen salario según la legislación laboral.

Colpensiones, al liquidan las prestaciones toma el salario base de cotización con lo cual los empleadores elaboran sus autoliquidaciones de aportes, no es competencia desde ningún punto de vista sumar factores salariales como los que expresa el recurrente debido a que se presume que el empleador como lo manda la ley ha tenido en cuenta todo lo que constituye el salario para realizar la cotización respectiva”.

En ese sentido, comparando lo devengado por la actora en los 10 años anteriores al retiro del servicio con lo efectivamente reconocido a través de los citados actos administrativos, encuentra el Despacho que la Administradora Colombiana de Pensiones, no incluyó en la liquidación de la misma el promedio de lo devengado por concepto de **recargos nocturnos dominicales y festivos**, situación que devino de la omisión por parte del Hospital Militar Central de pagar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de la demandante por dichos factores, carga que esta no está obligada a soportar, especialmente en consideración a que Colpensiones cuenta con las herramientas necesarias para obtener dichos aportes, tal

como lo señaló la H. Corte Constitucional en la sentencia T-064 del 26 de febrero de 2018⁵, así:

“(...) la ley social fue clara en adjudicar al empleador responsabilidad en la afiliación y pago de la seguridad social de sus trabajadores, creando el ISS los convirtió en afiliados obligatorios, y cuando esto no ocurría en la asunción de la pensión o calculo actuarial, pero en ningún momento se le exoneró de tal deber, menos ante la prestación efectiva del servicio.

Es por ello que la Corte ha reiterado que el empleador tiene la responsabilidad con el trabajador de cumplir con todas las obligaciones laborales y pensionales hasta que ocurran los siguientes casos: “(i) cuando cumpla con las condiciones exigidas por la ley para la obtención de su pensión mínima de vejez, (ii) cuando en razón de la pérdida de capacidad laboral obtenga pensión de invalidez, o (iii) cuando obtenga la pensión de forma anticipada. Ahora bien, la omisión del empleador en el aporte de las cotizaciones al sistema, no puede ser imputada al trabajador, ni podrá derivarse de éstas consecuencias adversas. Estos resultados negativos se traducen en la no obtención de la pensión mínima, la cual se configura como una prestación económica que asegura las condiciones mínimas de subsistencia, y pondría en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana y seguridad social del trabajador.”^[74] (Negrilla fuera de texto).

El ordenamiento jurídico previó herramientas para materializar las obligaciones mencionadas en el párrafo anterior, ante el desconocimiento por parte del empleador, la Ley 100 de 1993 implementó con fundamento en los acuerdo del ISS las acciones de cobro y facultades que tiene una entidad como Colpensiones. Así:

*“[L]as entidades administradoras de pensiones tienen la facultad legal **–y están en la obligación–** de utilizar los mecanismos judiciales procedentes para el cumplimiento de la misma, es decir las acciones de cobro constituyendo en mora al empleador e iniciando proceso ejecutivo u ordinario conforme con lo establecido con la Ley 100 de 1993.*

*“El artículo 24 de Ley 100 de 1993, establece que las **ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.** Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.*

*El artículo 53 de Ley 100 de 1993, establece la **FISCALIZACIÓN E INVESTIGACIÓN.** Las entidades administradoras del régimen solidario de prestación definida tienen amplias facultades de fiscalización e investigación sobre el empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, **para asegurar el efectivo cumplimiento de la presente Ley.** Para tal efecto podrán:*

⁵ Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos, expedientes No.: T-6.405.997 y T-6.421.372, referencia: Acción de tutela formulada por Nelly Rodríguez Ochoa y por María Otilia Gutiérrez de Avellaneda contra la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones.

a. Verificar la exactitud de las cotizaciones y aportes u otros informes, cuando lo consideren necesario;

b. Adelantar las investigaciones que estimen convenientes para verificar la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones no declarados;

c. Citar o requerir a los empleadores o agentes retenedores de las cotizaciones al régimen, o a terceros, para que rindan informes;

d. Exigir a los empleadores o agentes retenedores de las cotizaciones al régimen, o a terceros, la presentación de documentos o registros de operaciones, cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados; ordenar la exhibición y examen de los libros, comprobantes y documentos del empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, y realizar las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de las obligaciones.”^[75] (Negrilla fuera de texto).

Por lo tanto, se considera que el empleador al no afiliar o incumplir con el pago de las respectivas cotizaciones desconoce su obligación legal y reglamentaria, al igual que vulnera el derecho fundamental a la seguridad social del trabajador, el cual no puede verse afectado por una obligación que incumple quien lo contrata, máxime cuando las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, conforme con lo dispuesto antes en el Acuerdo 049 de 1990 y luego en la Ley 100 de 1993, pueden iniciar el cobro ejecutivo por los incumplimientos legales en los que incurran los empleadores, como por ejemplo ante la omisión en la afiliación y/o la omisión en el pago de aportes a la seguridad social de sus trabajadores, lo cual está regulado como una obligación general de los empleadores.

En efecto, el articulado de la Ley 100 de 1993 que faculta a estas entidades a realizar los cobros indica explícitamente que podrá ser activada cuando el empleador incumpla las obligaciones (en general) contempladas en la reglamentación que expida el gobierno y no solo para omisión en el pago de las cotizaciones.

Por lo tanto, la omisión en la afiliación **y la falta de pago de las cotizaciones, como el incumplimiento a todas las obligaciones contempladas en la legislación, por parte del empleador no puede ser imputable al trabajador, ni puede generar consecuencias negativas poniendo en peligro el derecho a la vida digna, al mínimo vital, a la salud y a la seguridad social...**

En los casos de omisión en el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, la Corte ha establecido que no se puede justificar la negativa de la pensión de vejez por mora en el empleador cuando la legislación tiene todas las herramientas para que las Administradoras de Fondos de Pensiones inicien el cobro de lo adeudado sin trasladar dicha carga al trabajador. Se ha estimado que aceptar una conclusión contraria desconocería los derechos adquiridos por los solicitantes y las facultades que otorgó la Ley 100 de 1993 a los fondos de pensiones para utilizar los mecanismos jurisdiccionales y coactivos para recuperar lo adeudado sin trasladar dicha carga al trabajador, en efecto al tratarse de una obligación del empleador frente a la entidad de seguridad social, la tardanza o pago deficitario no puede ser oponible al trabajador afiliado para desconocer su derecho pensional.

*Con fundamento en ello esta Corporación ha sostenido que **en el caso en el que el empleador no pague los aportes y las Administradoras de Fondos de Pensiones no hayan iniciado los respectivos cobros contra el empleador moroso, “se entenderá que se allanó a la mora y, por tanto, será la Administradora del Fondo de Pensiones la obligada directa a reconocer el pago de la pensión de vejez del trabajador”**^[77]. De lo contrario, se estaría vulnerando, se insiste, los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del empleado, toda vez que del pago oportuno de las aportes depende directamente el reconocimiento de la pensión de vejez siempre y cuando este cumpla con los requisitos legales establecidos para tal fin.^[78]” (negrita y subrayado fuera del texto original).*

De la jurisprudencia en cita, se concluye que, si bien el Hospital Militar Central realizó el pago del bono pensional, lo cierto es que este solo comprendió los **aportes pensionales por los conceptos de asignación básica y bonificación por servicios prestados**, razón por la cual la Administradora Colombiana de Pensiones se allanó a la mora y pese a que dicho aspecto fue puesto en conocimiento de la entidad, por la demandante, Colpensiones omitió iniciar las acciones correspondientes para obtener las cotizaciones sobre tales factores salariales, por lo tanto, está llamada a reliquidar la pensión de vejez de la señora Adela Arias López.

Por lo anotado en las anteriores consideraciones, al hallarse infirmada la presunción de legalidad de las **Resoluciones Nos. 292410 del 23 de octubre de 2019 y DPE 1726 del 30 de enero de 2020**, por medio de las cuales Colpensiones ordenó la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante y resolvió el recurso de apelación interpuesto contra dicho acto administrativo, confirmándolo en su integridad - *respectivamente*, se declarará su nulidad; sin embargo, respecto del primer acto administrativo será en forma parcial.

Lo anterior, obedece a que en la presente controversia la parte actora solicita que se tenga como tasa de remplazo de la prestación el **77.25%**; no obstante, en la **Resolución No. 292410 del 23 de octubre de 2019**, se determinó que le asistía el derecho al **78.20%**, dado que al 30 de junio de 2017 (fecha de retiro), acreditó un total de 1.800 semanas, lo que conlleva a que sobre dicho acto administrativo se declare su nulidad parcial, pues el porcentaje que se tuvo en cuenta para calcular el IBL de la pensión de vejez, le resulta más favorable a la demandante.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará la reliquidación de la pensión de la demandante con la inclusión de los **recargos nocturnos, dominicales y festivos**, devengados durante los 10 años anteriores a reconocimiento de la pensión de vejez.

Adicionalmente, se ordenará descontar los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión, en la proporción que corresponda al trabajador, para garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, el Despacho no accederá a las pretensiones de la demanda, en torno a la declaratoria de nulidad del **Oficio E-00003-201911692 del 26 de diciembre de 2019**, toda vez que no constituye un acto administrativo definitivo, dado que el Hospital Militar Central no se pronunció de fondo frente a lo deprecado por la actora en su escrito demandatorio, toda vez que, al momento de referirse a la petición que elevó atinente a la revisión y pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión, dicha entidad manifestó que estaba a la espera de la información que le suministrara Colpensiones, atinente a si tenía una obligación pendiente de pago por dicho concepto; amén, que como se señaló líneas atrás el reajuste de la pensión de vejez de la señora Adela Arias López, está a cargo de la administradora de pensiones.

5.5. DE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS PENSIONALES Y DE LOS APORTES PARA SEGURIDAD SOCIAL

En éste acápite, el Despacho estudiará la excepción de prescripción de las mesadas, propuesta por las entidades demandadas.

5.5.1 PRESCRIPCION DE LAS MESADAS PENSIONALES

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, en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁶.

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 a la señora Adela Arias López le fue reconocida la pensión de vejez el 4 de enero de 2017, reliquidada el 20 de junio de la misma anualidad, a partir del 1 de julio de 2017, quien presentó reclamación administrativa, mediante escrito radicado el 20 de agosto de 2019, de lo que se desprende que no operó el fenómeno prescriptivo.

5.5.2.PRESCRIPCIÓN DE LOS DESCUENTOS POR APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL.

De otro lado, advierte el Despacho que en lo atinente a los descuentos por aportes a seguridad social que se deben efectuar frente a los nuevos factores salariales reconocidos, jurisprudencialmente existen dos posiciones frente al fenómeno prescriptivo.

Al respecto, mediante Sentencia del 1 de septiembre de 2016, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “D”, M.P. Dr. Cerveleón Padilla Linares, señaló:

“Respecto de los descuentos por aportes a la seguridad social, correspondientes a nuevos factores salariales reconocidos por vía judicial para la reliquidación de pensiones, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, ha elaborado dos tesis: La primera, considera que son imprescriptibles los aportes a realizar porque estos deberán cuantificarse durante toda la vida laboral del demandante, para garantizar así la sostenibilidad financiera⁷; y la segunda, aplica la

⁶ **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.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “A”, sentencia de **9 de abril de 2014**, C.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren, Rad: 2010-00014 (1849-13), Dte: José de Jesús Gossain:

“Por ello, siendo consecuentes con el anterior propósito y teniendo en cuenta que eventualmente, en casos como el sub examine, los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos

prescripción “extintiva a los aportes, prevista en el artículo 817 del Estatuto Tributario”, por tratarse de una contribución parafiscal⁸.

(...) esta Sala de Decisión acoge la segunda tesis, cuya observancia hace menos restrictivos los derechos pensionales de los demandantes; esto es, así como opera la prescripción de las mesadas pensionales para quien teniendo el derecho no lo reclama ante la administración, configurándose una sanción de los tres años anteriores a la petición, como ordena el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, debe operar la prescripción extintiva de que trata el artículo 817 del Estatuto Tributario, para las contribuciones parafiscales tales como los aportes a la seguridad social en pensiones, cuya acción de cobro prescribe en 5 años”.

Del anterior precedente, este Despacho acoge igualmente la segunda tesis, orientada a la prescripción de los descuentos para los aportes a seguridad social prevista en el artículo 817 del Estatuto Tributario, a efectos de equiparar las cargas económicas entre el Estado y el trabajador.

En ese sentido, la prescripción de los aportes para seguridad social de los factores salariales sobre los cuales no le descontó el empleador al trabajador y que sean reconocidos judicialmente, ocurrirá en el término de cinco años contados a partir del retiro del servicio.

Así las cosas, los descuentos para seguridad social sobre los factores salariales aquí reconocidos y sobre los cuales el Hospital Militar Central no le realizó los descuentos de ley a la demandante para cotizar a seguridad social, se harán respecto de los últimos cinco (5) años de servicio, los cuales deben ser indexados como se indicará en la parte resolutive de la Sentencia.

pensionales, **no se realizaron durante la vida laboral** del actor desde el momento de su causación, para esta Sala resulta necesario que los valores a retener y/ o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo), de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.

Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “A”, sentencia de 19 de febrero de 2015, C.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren, Rad: 2011-00102 (2076-13), Dte: Guillermo Antonio Vanegas

⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, con Ponencia de la Dra. Ligia López Díaz, en sentencia del 26 de marzo de 2009:

“En consecuencia, contrario a lo que considera el demandante, **ESTOS APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL SÍ SON CONTRIBUCIONES PARAFISCALES, por lo que para su cobro se debe aplicar el estatuto tributario, conforme al artículo 54 de la Ley 383 de 1997**, según el cual, “las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro contenidas en el libro quinto del estatuto tributario nacional, serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las leyes 58 de 1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993”.

“ARTÍCULO 817. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBRO. <Artículo modificado por el artículo 53 de la Ley 1739 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años...”

5.6. INTERESES DE MORA ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993.

En lo concerniente al pago de los intereses establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, por la mora en el retroactivo pensional, el H. Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2010⁹, señaló:

“(...) Esta Corporación ha venido sosteniendo desde tiempo atrás que recibir la indexación de las sumas adeudadas y además los intereses moratorios constituye un doble pago, puesto que ambas sanciones tienen la misma virtualidad, vale decir, la de recuperar el valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el correspondiente a los reajustes del I.B.L. Por consiguiente, el reconocimiento de la indexación y de intereses moratorios por el mismo concepto no se compadece con el principio de derecho que censura el enriquecimiento sin justa causa y que daría lugar a la procedencia de la actio in rem verso, como hizo notar el recurrente demandado (...)” (Resaltado fuera de texto original).

Ahora bien, de la jurisprudencia en cita, se advierte que no hay lugar al pago de los intereses moratorios deprecados en la demanda, teniendo en cuenta que se ordenará la indexación de los valores reconocidos, lo cual constituiría un doble pago de la misma naturaleza.

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 Administradora Colombiana de Pensiones en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

De otro lado, frente al Hospital Militar Central, se precisa que no será condenada en costas, toda vez que no se emitirá condena alguna en su contra.

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,

⁹ Sección Segunda- Subsección “B” M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación: 08001-23-31-000-2007-00732-01 (2734-08)

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de la **Resolución No. 292410 del 23 de octubre de 2019** y la nulidad de la **Resolución No. DPE 1726 del 30 de enero de 2020**, por medio de las cuales Colpensiones ordenó la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante y resolvió el recurso de apelación interpuesto contra dicho acto administrativo, confirmándolo en su integridad.

SEGUNDO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción de las mesadas propuesta por las entidades demandadas, de conformidad con las consideraciones realizadas en esta sentencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES reliquidar la pensión de veje de la señora ADELA ARIAS LÓPEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.526.102, con base en el 78.20% del salario devengado en los últimos 10 años al reconocimiento de la prestación, esto es, del **11 de mayo de 2007 al 30 de junio de 2017**, que lo integran además de los factores ya reconocidos, los **recargos nocturnos, dominicales y festivos**, previo descuento de los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión, en la proporción correspondiente al trabajador.

El descuento por aportes a la seguridad social por los factores salariales aquí reconocidos se hará respecto de los últimos cinco (5) años de servicio, contados desde el retiro definitivo del servicio de la actora, esto es, el período comprendido entre el **30 de junio de 2017 y el 30 de junio de 2012**, por prescripción quinquenal.

Los anteriores descuentos por los factores aquí reconocidos deben ser indexados, teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es la suma de los aportes pensionales sobre los nuevos factores que se ordenan incluir en esta sentencia, en el porcentaje que le corresponda al trabajador en el período comprendido entre el **30 de junio de 2017 y el 30 de junio de 2012**, por prescripción quinquenal, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha en que se ordena en esta sentencia reconocer los factores, por el índice inicial de precios al consumidor vigente a la fecha en que se ordena efectuar los descuentos.

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

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a **PAGAR** a la señora ADELA ARIAS LÓPEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.526.102, las diferencias que resulten entre las cantidades liquidadas en los términos ordenados en el numeral que antecede y las sumas canceladas por concepto del pago de la pensión de vejez, con los reajustes anuales de ley, a partir del **1 de julio de 2017**; sumas éstas que deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante 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.

QUINTO.- Sin costas a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y del HOSPITAL MILITAR CENTRAL.

SEXTO.-. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO.- 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

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

NOVENO.- 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.

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

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
Juez

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 017, de hoy 29 de junio de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA BOLON CARACHO Secretaría

Firmado Por:

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ

JUEZ

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

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

Código de verificación:

**61d24045a5a1f212b12e717b2fcc501d6389b9132dd73b6e114d5966e416b61
8**

Documento generado en 27/06/2021 11:12:23 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., veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso:	11-001-33-35-018- 2019 -00335-00
Demandante:	ROSA MARINA SIERRA MARTÍNEZ
Demandado:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL Y FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA
Asunto:	SENTENCIA

La señora **ROSA MARINA SIERRA MARTÍNEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.751.575 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL y el FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES. La parte demandante pretende:

1.1.1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 00181 del 25 de febrero de 2010, a través de la cual el Fondo Rotatorio de la Policía le reconoció la pensión de jubilación.

1.1.2. Que se declare la nulidad de los Oficios Nos. 2017260004571 del 13 de febrero de 2017 y 2017260001301 del 17 de marzo de 2017, emitidos por el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, así como de la Resolución No. SUB 269889 del 16 de octubre de 2018, expedida por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por medio de los cuales dichas entidades le negaron el reconocimiento, reanudación del pago y devolución

de los dineros que fueron rembolsados por concepto de la mesada adicional del mes de junio - *respectivamente*.

1.1.3. Que se declare que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce (14), desde la fecha en que adquirió el estatus de pensionada hasta que efectivamente se pague.

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

1.1.4. Pagar el ajuste de la pensión de jubilación que le fue reconocida, teniendo como base para la liquidación el promedio mensual devengado en el último año anterior al cumplimiento del estatus, incluyendo todos los factores salariales de dicho periodo, conforme a las normas del régimen pensional para los servidores públicos y demás disposiciones concordantes y jurisprudencia aplicable.

1.1.5. Pagar la mesada adicional de junio o mesada catorce (14), desde la fecha que adquirió el estatus de pensionada hasta que efectivamente se pague.

1.1.6. Liquidar y pagar las diferencias existentes, con base en la mesada que realmente debió percibir y la que devenga actualmente.

1.1.7. Reconocer y pagar los intereses moratorios, conforme al artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

1.1.8. Pagar los intereses señalados en el artículo 192 del C. P. A. C. A., desde la ejecutoria de la sentencia.

1.1.9. Indexar las sumas que deben ser reconocidas, de acuerdo a la variación del I P C, desde el momento en que se causaron y hasta su pago efectivo.

1.1.10. Pagar las costas que se causen.

1.1.11. Dar cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a su ejecutoria.

1.2. HECHOS

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

1.2.1. Mediante la Resolución No. 00181 del 25 de febrero de 2010, el Fondo Rotatorio de la Policía le reconoció la pensión de jubilación a la demandante, a partir del 1 de marzo de 2010, en cuantía mensual de \$673.273,00 m/cte. y, en consecuencia, le fue otorgada la mesada adicional del mes de junio.

1.2.2. A través de la Resolución No. GNR 291505 del 21 de agosto de 2014, la Administradora Colombiana de Pensiones le reconoció una pensión mensual vitalicia de vejez, en cuantía de \$638.793,00 m/cte.

1.2.3. Por medio de la Resolución 00709 del 20 de noviembre de 2014, el Fondo Rotatorio de la Policía, le reconoció la compartibilidad de la pensión de vejez, asumiendo el monto de \$103.000,00 m/cte., como cuota parte a pagar y, por lo tanto, a Colpensiones le correspondía el restante de la prestación.

1.2.4. Colpensiones al momento de realizar el reconocimiento de la pensión compartida le negó la mesada catorce (14), lo que conllevó a que solicitara su pago, petición que no fue accedida por dicha entidad.

1.2.5. El 9 de marzo de 2015, Colpensiones resuelve el recurso de reposición interpuesto contra dicha decisión, señalando que no le asistía la obligación de conceder ese derecho y sería responsabilidad del Fondo Rotatorio de la Policía reconocerlo.

1.2.6. El 15 de julio de 2015, la entidad resolvió el recurso de apelación en los términos señalados en el acto administrativo que dirimió el recurso de reposición.

1.2.7. El “18 de noviembre de 2016”, solicitó al Fondo Rotatorio de la Policía el reconocimiento y pago de la mesada adicional, petición que fue negada, a través de Oficio No. 2017260004571 del 13 de febrero de 2017.

1.2.8. Contra la anterior decisión se interpuso el recurso de reposición y mediante el Oficio No. 2017260013101 del 17 de marzo de 2017, la entidad lo desató desfavorablemente.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 2°, 4°, 25, 29, 48 y 53 de la Constitución Política; 142 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005, estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

Afirmó que la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se creó el Sistema General de Seguridad Social, consagró en su artículo 142 el reconocimiento de una mesada adicional para los pensionados, pagadera en el mes de junio de cada año, conocida también como la mesada catorce.

Manifestó que la H. Corte Constitucional al realizar el estudio de constitucionalidad de la norma en comento, determinó que la limitación en el reconocimiento de la mesada adicional, para los pensionados que hayan adquirido su derecho antes del 1° de enero de 1988, constituía una condición discriminatoria injustificada, por lo que declaró la inexecutable de la expresión *"cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988"*, lo cual permitió que quienes adquirieron su derecho con posterioridad a la fecha referida, pudieran acceder al pago de esta prestación; sin embargo, el legislador a través del artículo 1° de la Ley 238 de 1995, amplió los sujetos que son titulares de la misma, incluyendo a los sectores excluidos.

Señaló que de la lectura del Acto Legislativo 01 de 2005, quienes hayan cumplido con los requisitos para acceder a la prestación antes del 25 de julio de 2005, no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, con la excepción señalada en el párrafo transitorio sexto, es decir, **las personas que causen su derecho pensional antes del 31 de julio de 2011 y cuya mesada sea igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, quienes podrán seguir disfrutando de 14 mesadas pensionales al año, disposición que fue declarada exequible por la H. Corte Constitucional.

Indicó que la demandante cumplió el tiempo de servicio (20 años), antes del 31 de diciembre de 2011, razón por la cual tiene el derecho que se le reconozca la mesada adicional con inclusión de todos los factores salariales.

III. CONTESTACIONES

3.1. Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-

El apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, mediante escrito del **19 de febrero de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Señaló que La Ley 100 de 1993, estableció en el artículo 36, el régimen de transición aplicable a quienes al momento de su entrada en vigencia, tuviesen 15 años o más de edad si son mujeres o 15 años o más de servicio y, por ende, la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto será el establecido en el régimen anterior al cual se encuentren afiliadas, mientras que el Ingreso Base de Liquidación, se rige por el Acuerdo 049 de 1990.

Afirmó que para el caso de los afiliados que les faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho de la pensión, al momento en que entró a regir el Sistema General de Pensiones, se les aplica las reglas contenidas en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y para quienes les falte más de 10 años, el IBL será el previsto en el artículo 21 de dicha disposición legal, conforme a los precedentes jurisprudenciales de la H. Corte Constitucional, contenido en las Sentencias C-258 de 2013, T-078 de 2014, SU 230 de 2015, SU 427 de 2016, las cuales se ocupó de citar.

Indicó que respecto a los factores salariales solicitados por la parte actora, el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 5° de la Ley 797 de 2003, al regular la base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los trabajadores dependientes de los sectores público y

privado, dispuso que será el salario mensual el que se tenga en cuenta para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones.

Aludió que en desarrollo de dicha ley se expidió el Decreto 691 de 1994, cuyo artículo 6° fue modificado por el Decreto 1158 del mismo año, el cual señala los factores constitutivos de salario para el cálculo de las cotizaciones y, por ende, para la determinación del ingreso base de liquidación de las pensiones.

Sostuvo que el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2018, dejó atrás las dicotomías que por muchos años tenía con la Corte Constitucional, estableciendo que las pensiones de los empleados públicos cobijados por el régimen de transición deben ser liquidadas teniendo en cuenta la legislación anterior únicamente en lo que se refiere a edad, tiempo de servicio y monto (entendido como tasa de reemplazo [o «porcentaje» en palabras de la Corte Suprema de Justicia]), pero, el IBL, es decir, el tiempo a tomar para calcular el valor de la mesada pensional, será el contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De otro lado, frente al pago de la mesada catorce (14), precisó que en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, se estableció una mesada adicional para pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, efecto para el cual, se deben cumplir los siguientes requisitos:

- Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01, es decir, desde el 25 de julio de 2005, no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.
- Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiere efectuado el reconocimiento, lo cual se señala como "*estatus pensional*".
- Aquellas personas que cumplieron el estatus entre 25 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2011 y perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma

se causa antes del 31 de julio de 2011, recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.

- Aquellas personas que cumpliendo con el estatus entre 25 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2011, generaron para esa fecha una mesada inicial superior a los tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, solamente tendrán derecho a devengar trece (13) mesadas anuales, sin que sea viable reevaluar la situación de los años venideros.

Sostuvo que la demandante disfruta de la pensión reconocida por Colpensiones, mediante la Resolución No. GNR 291505 de 2014, de acuerdo con el Decreto 758 de 1990, en cuantía de \$638.793.00, m/cte., efectiva a partir del 1 enero de 2013, con base en 1447 semanas cotizadas.

En ese sentido, manifestó que el estatus pensional de la actora, de conformidad con lo ordenado en el Decreto 758 de 1990, es el 1 de enero de 2013, motivo por el cual se concluye que no tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada catorce (14), ya que este derecho constitucional desapareció con el Acto Legislativo 01 de 2005.

Finalmente, en cuanto a los intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, precisó que estos no proceden, dado que no ha operado por parte de la entidad un retraso injustificado para el pago de la prestación económica.

De otro lado, propuso las excepciones de:

3.1.1. Cobro de lo no debido: Manifestó que la entidad al momento de reconocer y pagar una pensión, aplica la normatividad vigente y los principios generales de favorabilidad en edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional, razón por la cual no hay lugar a acceder a las súplicas de la demanda.

3.1.2. Inexistencia del derecho reclamado: Afirmó que al verificar las resoluciones impugnadas, las mismas se encuentran ajustadas a las

normas en que en debieron fundarse y a los criterios esbozados por la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

Sostuvo que a la actora no le asiste el derecho a devengar la mesada catorce (14), toda vez que adquirió el estatus de pensionada el 1 de enero de 2013, fecha posterior a la referida en el Acto Legislativo 01 de 2005.

3.1.3. Prescripción: Solicitó que se declare probado dicho fenómeno jurídico frente a cualquier derecho que eventualmente se hubiese causado a favor de la demandante, de conformidad con las normas legales.

3.1.4. Buena fe: Indicó que la entidad demandada en todas y cada una de sus actuaciones legales actúa bajo el principio de buena fe, pues aplica de forma estricta la Constitución, la Ley y el precedente jurisprudencial.

3.1.5. Genérica o innominada: Deprecó que se declaren probadas las excepciones que el Despacho encuentre probadas dentro del presente asunto.

3.2. Fondo Rotatorio de la Policía

El apoderado del Fondo Rotatorio de la Policía, a través de escrito del 27 de julio de 2020, allegado vía correo electrónico el **29 de julio del mismo año**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso los siguientes medios exceptivos:

3.2.1. Caducidad de la acción: Manifestó que en el caso bajo estudio la demandante debió promover el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de la oportunidad consagrada en el artículo 164 del C. P. A. C. A., así:

- Resolución No. 00181 del 25 de febrero de 2010, antes del 25 de junio de 2010.
- Oficio No. 2017260004571 del 13 de febrero de 2017, antes del 13 de junio de dicho año.
- Oficio No. 2017260001301 del 17 de marzo de 2017, antes del 17 de julio de tal anualidad.

3.2.2. Falta de legitimación en la causa por pasiva: Refirió que el Fondo Rotatorio de la Policía no hace parte del Sistema General de Pensiones, como tampoco tiene por objeto la administración de los beneficios económicos periódicos de tales prestaciones y no determina el pago de las mismas.

3.2.3. Falta absoluta de causa sobre el reconocimiento de la mesada catorce: Indicó que la parte actora no cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la referida mesada, toda vez que el Fondo Rotatorio de la Policía, mediante la Resolución No. 00181 del 25 de febrero de 2010, reconoció la pensión de jubilación a la señora Rosa Marina Sierra Martínez y la Administradora Colombiana de Pensiones le otorgó la pensión de vejez, a partir del 1 de enero de 2013 y, en consecuencia, fue retirada de la nómina de pensionados del Fondo, en virtud de lo dispuesto en la Resolución No. 00709 del 20 de noviembre de 2014, a través de la cual se hizo efectivo el reconocimiento de compartibilidad pensional, desde el 1 de noviembre de 2015.

Aludió que a la fecha, la entidad está obligada a sufragar la diferencia entre la pensión de jubilación que esta le otorgó y la de vejez reconocida por Colpensiones.

Sostuvo que la pensión que actualmente disfruta fue reconocida el 14 de agosto de 2014, razón por la cual no le asiste el derecho a devengar la mesada catorce (14).

3.2.4. Cobro de lo no debido: Manifestó que la demandante no es beneficiaria de la mesada adicional del mes de junio y, en consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios e indexación, toda vez que los pagos que tiene a su cargo por concepto de la compartibilidad pensional fueron cancelados oportunamente y con el correspondiente incremento.

3.2.5. Genérica: Solicitó que se declare probadas las excepciones que surjan en el desarrollo de la actuación.

3.3. Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional.

Como se precisó en la providencia del 18 de marzo de 2021, la demanda fue notificada el **28 de enero de 2020**, razón por la cual el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, tenía hasta el **31 de julio de la misma anualidad**, para contestar la demanda, actuación que se presentó hasta el **7 de septiembre de dicho año**, esto es, de forma extemporánea, circunstancia que impide tenerla en cuenta.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte Demandante

Se precisa que el apoderado de la parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

4.2. Entidades demandadas

4.2.1. Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-

La apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, a través de memorial allegado vía correo electrónico el **27 de mayo de 2021**, solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en la contestación del libelo y señalando que a la demandante no le asiste derecho a la reliquidación pensional, con la totalidad de los factores salariales devengados en el último de servicios, independientemente el régimen especial al que se pertenezca, toda vez que esta posición discrepa con el lineamiento jurisprudencial plasmado en las sentencias T-078 de 2014, A-326 de 2014, SU-230 de 2015, T-060 de 2016, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017, SU-395 de la misma anualidad y SU- 023 de 2018, proferidas por la H. Corte Constitucional, así como el fallo emitido el 28 de agosto de 2018, por el H. Consejo de Estado, en las que se ha dejado en claro que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulado en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización, excluyendo el IBL, por ende, se deben aplicar las reglas expresamente

señaladas en los incisos 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores taxativos del Decreto 1158 de 1994.

Indicó que la demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada catorce (14), puesto que adquirió el estatus pensional con posterioridad al 31 de julio de 2011, incumpléndose lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

4.2.2. Fondo Rotatorio de la Policía Nacional

El apoderado del Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, mediante escrito radicado con el No. **20211300023041 del 31 de mayo de 2021**, allegado vía correo electrónico el **1 de junio de la misma anualidad**, solicitó que se denieguen las pretensiones incoadas por la demandante, insistiendo en la prosperidad de la excepción de caducidad propuesta en la contestación de la demanda.

Igualmente, refirió que la parte actora no agotó el requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, esto es la conciliación prejudicial y que existe una ineptitud sustancial de la demanda, dado que no se demandaron todos los actos administrativos que dieron origen a los reconocimientos de las pensiones reconocidas de la demandante, puesto que omitió deprecar la nulidad de las Resoluciones Nos. 00325 del 13 de mayo de 2010, GNR 291505 del 21 de agosto de 2014 y 00709 del 20 de noviembre de 2014.

4.2.3. Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional.

El apoderado del Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional no presentó alegatos de conclusión.

4.3. Ministerio Público.

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

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

El Despacho estudiará de **oficio** la excepción de **falta de legitimación en la causa** del Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, señalando que el contradictorio por pasiva lo deben integrar las personas naturales o jurídicas que sin la comparecencia de aquellas no sea posible decidir de mérito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del C.P.A.C.A., situación que no se predica en el caso de autos, respecto de tal entidad, pues la presente controversia está encaminada a que se declare la nulidad de los actos administrativos, por medio de los cuales el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional y la Administradora Colombiana de Pensiones, le negaron a la actora el reajuste de la pensión de vejez y el reconocimiento, restitución y devolución de los valores que reintegró por concepto de la mesada catorce (14) y, en tal virtud dicha entidad no se encuentra facultada para actuar como parte demandada, en la medida que no fue quien expidió los actos cuya nulidad se solicita.

En este sentido, si bien el Fondo Rotatorio de la Policía se encuentra adscrito a la referida cartera ministerial, en virtud de lo contemplado en el Decreto 1205 de 1998 *“Por el cual se aprueba el Acuerdo número 022 del 05 de junio de 1998 del Fondo Rotatorio de la Policía”*, no se puede desconocer que el Fondo goza de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, razón por la cual, puede ejercer su defensa en el presente litigio, como en efecto ocurrió, razón suficiente para declarar probada de oficio el medio exceptivo de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y ordenar la desvinculación de la referida entidad de la presente Litis.

Por otra parte, en lo atinente a la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva**, interpuesta por el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, se precisa que tal como se señaló anteriormente, el caso bajo estudio se circunscribe a debatir la legalidad parcial, entre otros, de la **Resolución No. 00181 del 25 de febrero de 2010**, por medio de la cual dicha entidad retiró del servicio civil a la demandante, como consecuencia del reconocimiento de la pensión de jubilación, en cuantía de \$673.273,00

m/cte., hasta cuando cumpliera la edad de 55 años, para que el Instituto de Seguros Sociales le otorgara la pensión de vejez.

Igualmente, se **pretende la nulidad de los Oficios No. 2017260004571 del 13 de febrero de 2017 y 2017260001301 del 17 de marzo de la misma anualidad**, por medio de los cuales dicha entidad señaló que la actora “*no tiene derecho a recibir catorce (14) mesadas pensionales*” y resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra dicha decisión, toda vez que confirmó en su integridad el acto administrativo recurrido - *respectivamente*, los cuales constituyen actos administrativos definitivos, pues se pronunciaron de fondo frente a lo deprecado por la actora en su escrito demandatorio, razón por la cual se encuentra legitimado para actuar como parte pasiva.

Además, no se puede desconocer que en la actualidad la demandante percibe una pensión de vejez, la cual es compartida entre dicho Fondo y Colpensiones, tal como se acredita en la Resolución No. GNR 291505 del 21 de agosto de 2014 y, por ende, si bien la Administradora Colombiana de Pensiones cubre la prestación, lo cierto es que al patrono le corresponde sufragar el mayor valor y, en ese sentido, la decisión que adopte el Despacho podría tener incidencia en el monto que asume el Fondo Rotatorio de la Policía, razones suficientes para negar la excepción propuesta.

Respecto a la excepción de **caducidad de la acción**, promovida por el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, basta señalar que, en virtud de lo consagrado en el literal **c)** del artículo 164 del C. P. A. C. A., el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho podrá ser presentado en **cualquier tiempo** cuando se “*dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas...*” -negrita del Despacho-, como ocurre en el *sub examine*, dado que las pretensiones están encaminadas a que se ordene la reliquidación de la pensión de vejez que en la actualidad percibe la demandante, razón por la cual, la acción no se encuentra sometida al término de caducidad al que hace referencia la entidad, circunstancia que conlleva a que el medio exceptivo no tenga vocación de prosperidad.

En cuanto a las excepciones de **inexistencia del derecho reclamado y buena fe**, propuestas por Colpensiones, así como **falta absoluta de causa sobre el reconocimiento de la mesada catorce**, interpuesta por el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional y **cobro de lo no debido** promovida por dichas entidades, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses del externo pasivo, pero de ninguna manera impiden resolver de fondo el asunto y, por ende, serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

Frente a la excepción de **prescripción** interpuesta por Colpensiones se precisa que será resuelta en acápite posterior de la presente providencia.

De otro lado, respecto a la excepciones **innominada o genérica** propuestas por Colpensiones y el Fondo Rotatorio de la Policía, se advierte que no se encuentran medios exceptivos que deban ser declarados de oficio al momento de proferir el presente fallo, respecto de dichas entidades.

Finalmente, vale la pena resaltar que el apoderado del Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, al momento de presentar sus alegatos de conclusión afirmó que en el caso bajo estudio se encuentran configurada la excepción de **ineptitud sustantiva de la demanda**, puesto que no se agotó la conciliación prejudicial y no se demandaron todos los actos administrativos que dieron origen a las prestaciones reconocidas a la actora, medio exceptivo que no fue propuesto en la oportunidad procesal correspondiente, circunstancia que impide al Despacho realizar un pronunciamiento al respecto, toda vez que los términos procesales son **perentorios e improrrogables**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 del Código General de Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; amén, que como se indicó anteriormente, no hay medios exceptivos que deban ser declarados de oficio en este momento.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.2.1. Resolución No. 00181 del 25 de febrero de 2010, por medio de la cual el Fondo Rotatorio de la Policía, retiró del servicio civil a la actora, a partir del **1 de marzo de 2010** y le reconoció la pensión de jubilación, en cuantía de \$673.273,00 m/cte., con fundamento en los factores salariales señalados en el artículo 53 del Decreto 2701 de 1988, equivalente al 75% del promedio devengado durante el último año de servicios.

5.2.2. Resolución No. 00325 del 13 de mayo de 2010, mediante la cual el Fondo Rotatorio de la Policía reliquidó la pensión de jubilación de la demandante, de acuerdo al incremento salarial dispuesto en el Decreto 1529 del 3 de mayo de 2010.

5.2.3. Resolución No. 00709 del 20 de noviembre de 2014, por la cual el Fondo Rotatorio de la Policía retiró a la señora Rosa Marina Sierra Martínez de la nómina de pensionados, a partir del 31 de octubre de 2014 y reconoció la compartibilidad pensional con Colpensiones, por pensión de vejez, por el valor de \$103.743,00 m/cte., monto que será incrementado en forma anual, de acuerdo a las normas que fije el Gobierno Nacional.

5.2.4. Petición elevada por la demandante el **24 de enero de 2017**, a través de la cual le solicitó al Fondo Rotatorio de la Policía Nacional que reanude el pago de la mesada catorce (14) y le devuelva el monto rembolsado a la entidad por dicho concepto, de conformidad con lo señalado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dadas las excepciones contenidas en el Acto Legislativo 01 de 2005.

5.2.5. Oficio No. 20172600004571 del 13 de febrero de 2017, mediante el cual el Coronel Jorge Alveiro Carrillo Delgado, Subdirector Administrativo y Financiero del Fondo Rotatorio de la Policía negó lo solicitado por la actora en la petición anterior, señalando que no le asiste el derecho a recibir catorce (14) mesadas pensionales.

5.2.6. Recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto por la demandante el 2 de marzo de 2017, contra la decisión anterior, señalando que le asiste el derecho a devengar catorce (14) mesadas pensionales y, por

lo tanto, deben devolverle el dinero que reembolsó, toda vez que hace parte de las excepciones contenidas en el Acto Legislativo 01 de 2005.

5.2.7. Oficio No. 20172600013101 del 17 de marzo de 2017, por medio del cual la Coronel Yolanda Cáceres Martínez, Directora General del Fondo Rotatorio de la Policía, resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por la demandante, contra la decisión anterior.

5.2.8. Resolución No. SUB 269889 del 16 de octubre de 2018, a través de la cual la Administradora Colombiana de Pensiones, entre otros aspectos, le negó a la demandante el reconocimiento de la mesada catorce (14).

5.2.9. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Rosa Marina Sierra Martínez, en la que se acredita que nació el **1 de enero de 1958**.

5.2.10. Certificación expedida el 21 de junio de 2019, por la Mayor Paula Andrea Villarreal Ocaña, Coordinadora del Grupo de Talento Humano del Fondo Rotatorio de la Policía, en la que hace constar que la demandante ostentó el empleo de Auxiliar para Apoyo de Seguridad y Defensa – Código 6-1, Grado 15, laborando como Operaria en la Fábrica de Confecciones de dicha entidad.

5.2.11. Medio magnético contentivo del expediente administrativo de la demandante, entre los que se encuentra la siguiente documental:

- Reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedido por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.
- Formatos de certificación de información laboral y de salarios mes a mes, diligenciados por el Fondo Rotario de la Policía.
- **Resolución No. GNR 291505 del 21 de agosto de 2014**, por medio de la cual Colpensiones le reconoció el pago de la pensión de vejez a la actora, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, a partir del 1 de enero de 2013, en cuantía de \$638.793,00 m/cte., equivalente al 90% del salario mensual base, prestación que es compartida con el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional.

- Resolución No. GNR 66608 del 9 de marzo de 2015, mediante la cual la Administradora Colombiana de Pensiones resolvió desfavorablemente el recurso de reposición promovido contra el acto administrativo señalado precedentemente.
- Resolución No. VPB 52604 del 15 de julio de 2015, a través de la cual Colpensiones resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. GNR 291505 del 21 de agosto de 2014, confirmando en su integridad la decisión adoptada.
- Resolución No. SUB 30460 del 4 de abril de 2017, por medio de la cual Colpensiones impartió cumplimiento al fallo judicial proferido por el Juzgado Cuarto (4) Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá y, en consecuencia, reconoció unos incrementos pensionales por persona a cargo, a favor de la señora Rosa Marina Sierra Martínez, incrementado la mesada pensional, a partir del 1 de abril de 2017, en cuantía de \$762.159,00 m/cte.
- Formato de solicitud de prestaciones económicas radicado ante Colpensiones el **28 de septiembre de 2018**, por medio del cual la demandante solicitó la revocatoria directa de la Resolución No. GNR 291505 del 21 de agosto de 2014, así como el reconocimiento y pago de la mesada adicional del mes de junio.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en el auto del 18 de marzo de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar si la demandante tiene o no derecho: **i)** a la reliquidación de su pensión, con la inclusión de la totalidad de los factores devengados durante el último año de servicios; **ii)** al reconocimiento de la mesada catorce (14) y **iii)** al pago de los intereses de mora establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

5.4. DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN PARA LIQUIDAR LAS PENSIONES.

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).

En el caso de autos se encuentra demostrado que al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la señora Rosa Marina Sierra Martínez tenía 36 años, pues nació el 1 de enero de 1958, según la copia de su cédula de ciudadanía, razón por la cual se encontraba dentro de las previsiones del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, le resultaba aplicable el régimen anterior a dicha Ley, que en el caso particular de la actora, era el contemplado en el Decreto 2701 de 1988, tal como se determinó en la Resolución No. 00181 del 25 de febrero de 2010, proferida por el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional; sin embargo, una vez adquirió los requisitos para acceder a la pensión de vejez (edad), fue beneficiaria del régimen contenido en el **Decreto 758 de 1990**, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la referida normatividad, como lo sostuvo la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones en la Resolución No. GNR 291505 del 21 de agosto de 2014 (compartibilidad pensional).

Dado lo anterior y teniendo en cuenta que **no se discute el régimen aplicable** sino los factores que fueron tenidos en cuenta en la liquidación de la pensión de la actora, el Despacho definirá la presente controversia bajo la **Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018**, proferida por el Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Dr. Cesar palomino Cortés, dentro del Expediente No. 520012333000201200143-01, pues si bien se efectuó el estudio respecto de las personas que les resulta aplicable la Ley 33 de 1985, lo cierto es que

constituye un referente jurisprudencial pertinente y, por ende, plausible su aplicación para quienes siendo beneficiarios de la transición, definieron su derecho a devengar una pensión ordinaria, como sucede en el presente caso. Al respecto, señaló:

“(…)

66. La aplicación del régimen pensional de transición para quien opte por este, significa que los requisitos de la edad y el tiempo, y el monto de su pensión sean los previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual remite a los regímenes pensionales anteriores, en virtud de los efectos ultractivos dados a los mismos.

67. Lo anterior cobra relevancia en la medida en que si bien el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señaló que el monto de la pensión para los beneficiarios de la transición sería el previsto en el régimen anterior al cual se encontraran afiliados, lo cierto es que el inciso 3 de la misma disposición previó de manera expresa un **ingreso base para la liquidación de la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso 2** que les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, definiendo así uno los elementos del monto pensional.

68. La redacción del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ha dado lugar a diversas interpretaciones sobre cuál es el ingreso base de liquidación que se debe tomar en cuenta para liquidar las pensiones en el régimen de transición, pues el concepto **“monto”** señalado en el inciso 2 de esa disposición daría lugar a entender, como lo ha considerado la Sección Segunda del Consejo de Estado, que la mesada pensional o monto incluye el IBL y la tasa de reemplazo previstos en los regímenes anteriores. Sin embargo, otra interpretación es que, en virtud de lo previsto en el inciso 3 ibídem, para establecer el monto de la pensión, solo se tomaría la tasa de reemplazo del régimen anterior, teniendo en cuenta que el IBL fue expresamente definido por este inciso para el régimen de transición. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia son de esta tesis.

(…)

84. Planteadas así las tesis sobre el IBL aplicable en el régimen de transición, la Sala advierte que el aspecto que ha suscitado controversia es el periodo que se toma en cuenta al promediar el ingreso base para fijar el monto pensional, pues el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 preveía como IBL el “salario promedio que sirvió de base para los aportes durante **el último año de servicio**”, mientras que el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que 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 Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Es decir, mientras el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985 establece el último año de servicios, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra la posibilidad que sea más de un año dependiendo de la situación particular de la persona que está próxima a consolidar su derecho pensional.

85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma. (negrilla y subrayado por el Despacho)

(...)

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.

(...)

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 periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para 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.

(...)

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.

(...)"

Bajo el anterior criterio Jurisprudencial, es claro que el Consejo de Estado adoptó el criterio interpretativo fijado por la Corte Constitucional en el sentido que el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, determinando las siguientes subreglas: **a)** Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo -el que fuere superior-; **b)** 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 y **c)** 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.**

Descendiendo al caso bajo examen, se advierte que, mediante la **Resolución No. 00181 del 25 de febrero de 2010**, el Fondo Rotatorio de la Policía, le reconoció la pensión de jubilación a la actora, a partir del 1 de marzo de 2010, en cuantía de \$673.273,00 m/cte., con fundamento en los factores salariales señalados en el artículo 53 del Decreto 2701 de 1988, equivalente al 75% del promedio devengado durante el último año de servicios y a través de la Resolución No. 00325 del 13 de mayo de 2010, la entidad reliquidó la prestación, de acuerdo al incremento salarial dispuesto en el Decreto 1529 del 3 de mayo de 2010.

Ahora bien, por medio de la **Resolución No. GNR 291505 del 21 de agosto de 2014**, la Administradora Colombiana de Pensiones le reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez a la demandante, de conformidad con lo dispuesto en el **Decreto 758 de 1990**, a partir del 1 de enero de 2013, en cuantía de \$638.793,00 m/cte., equivalente al 90% del salario

mensual base, prestación que es compartida con el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, en virtud de lo dispuesto en los artículos 18 de dicha disposición legal y 44 del Decreto 1748 de 1995¹ y frente al IBL señaló:

“(…)

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, será el promedio de lo devengado o cotizado entre el tiempo que le hiciere falta desde la entrada en vigencia del Sistema General del Pensiones y la fecha de adquisición del derecho a la pensión, o el de todo el tiempo si este fuere superior.

Para los que les faltare más de 10 años, el ingreso base de liquidación será calculado de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la ley 100 de 1993; es decir, el promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos 10 años o el de toda la vida laboral si tuviera 1250 o más semanas, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor (IPC), según certificación que expida el DANE.

(…)”

Posteriormente, mediante la Resolución No. 00709 del 20 de noviembre de 2014, el Fondo Rotatorio de la Policía retiró a la señora Rosa Marina Sierra Martínez de la nómina de pensionados, a partir del 31 de octubre de dicho año y reconoció la compartibilidad pensional con Colpensiones, por pensión de vejez, por el valor de \$103.743,00 m/cte., valor que será incrementado en forma anual, de acuerdo a las normas que fije el Gobierno Nacional.

Luego, a través de las Resoluciones Nos. GNR 66608 del 9 de marzo de 2015 y VPB 52604 del 15 de julio de 2015, Colpensiones resolvió los recursos de reposición y apelación interpuestos contra la Resolución No. GNR 291505 del 21 de agosto de 2014, confirmando en su integridad dicho acto administrativo.

Así las cosas, se encuentra demostrado que Colpensiones al reconocer la pensión de vejez de la demandante dio aplicación a lo establecido en el Decreto 758 de 1990, en cuanto a edad y tiempo de servicios, tomando como ingreso base de liquidación (IBL) el **90%** del promedio de lo

¹ Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993.

devengado en los últimos 10 años de servicio, toda vez que el IBL no fue objeto del régimen de transición.

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “B”, en providencia del 30 de octubre de 2020², en un caso orientado al reajuste pensional reconocido al tenor de lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, refirió:

*“Verificada la norma en comento, prescribe como requisitos para obtener la pensión de vejez 55 o más años de edad si se es mujer y un mínimo de (i) 500 semanas de cotización durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o (ii) mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo. En el sub lite se tiene que la accionante cumplió la edad de 55 años el 16 de julio de 2009 y cotizó un total de 1595 semanas, es decir, que le asiste el derecho a adquirir la pensión de vejez prevista en los artículos 12 y 20 del **Decreto 758 de 1990**, en cuantía equivalente al 90%.*

*En lo referente al ingreso base de liquidación, dado que al 1° de abril de 1994 (fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993) a la demandante le faltaban más de 10 años para adquirir el estatus pensional, esta le debe ser calculada con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años de servicios, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993. De acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales relacionados con la materia, **en el IBL pensional se deberán incluir los factores sobre los cuales se hayan efectuado los correspondientes aportes, además de los previstos en los Decretos 691 y 1158 de 1994 como ingreso base de cotización (IBC)**” (negrita del Despacho).*

En ese sentido, el Decreto 1158 de 1994, por medio del cual se modifica el artículo 6° del Decreto 691 de dicha anualidad, contempló:

“ARTÍCULO 1°. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;

² Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, Consejero ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, sentencia del treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020), expediente No. 05001-23-33-000-2013-01865-01(0119-19), actora: Carmenza Aura Osio Uribe, demandada: Administradora Colombiana de Pensiones.

- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados”.

De otro lado, se desprende del **“FORMATO No. 3 (B), CERTIFICACIÓN DE SALARIOS MES A MES”**, diligenciado por el Fondo Rotatorio de la Policía que, en el caso particular de la demandante, a partir del 1 de abril de 1994, realizó cotizaciones al sistema pensional del Régimen de Prima Media, sobre la *“Asignación Básica Mensual”* y **“Otros factores salariales pagados en el mes certificado (Dto. 1158)”** -negrita del Despacho-.

Ahora, si bien en la Resolución No. GNR 291505 del 21 de agosto de 2014, no se detallaron los factores sobre los cuales se reconoció la pensión de vejez a la actora, lo cierto es que, según la certificación señalada anteriormente, se presume que fueron incluidos los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, sin que sea viable la inclusión de todos los devengados en el último año de servicios, como se solicita en la demanda.

De lo anterior se colige que los actos administrativos demandados se ajustan a los postulados expuestos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, razón por la cual se denegarán las pretensiones de nulidad de los mismos, por este aspecto.

5.5. MESADA ADICIONAL DEL MES DE JUNIO (MESADA 14).

La mesada adicional del mes de junio se encuentra establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, así:

“ARTICULO. 142. -Mesada adicional para pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.”³ (subrayado del Despacho).

³ Versión resultante luego de que se declararan inexecutable uno apartes por la Corte Constitucional en Sentencia C-409 de 2004.

Esta mesada adicional, se debe diferenciar de la contemplada en el artículo 50 del mismo estatuto que corresponde a la que resulta reconocida a todos los pensionados y que se conoce generalmente como “mesada 13”.

Posteriormente, el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional, publicado en el Diario Oficial 45.980 del 25 de julio de 2005, eliminó la mesada catorce, al consagrar:

“Artículo 1.- Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

(...)

Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.” (Nota: corresponde al inciso octavo)

(...).”

Por su parte, en el Parágrafo transitorio 6°, se señaló:

“Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.”

Conforme a dichas preceptivas, es necesario precisar que el inciso octavo del citado acto legislativo no hizo salvedad alguna en cuanto a su aplicación para los empleados y trabajadores sujetos ya sea al régimen pensional general o a alguno especial y que a partir de la entrada en vigencia de la reforma constitucional causaran su derecho pensional.

Ahora bien, mediante la **Resolución No. 00181 del 25 de febrero de 2010**, el Fondo Rotatorio de la Policía, le reconoció la pensión de jubilación a la demandante, a partir del **1 de marzo de 2010**, hasta cuando cumpliera la edad de 55 años, para que el entonces Instituto de Seguros Sociales le otorgara la pensión de vejez y en el numeral segundo señaló que esta debía tramitar la documentación que dicha entidad requiriera, con el objeto que asumiera la obligación pensional, una vez acreditara los

requisitos para acceder a la prestación, en su calidad de afiliada a ese régimen pensional.

Luego, mediante la **Resolución No. GNR 291505 del 21 de agosto de 2014**, Colpensiones le reconoció el pago de la pensión de vejez a la actora, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, a partir del 1 de enero de 2013, prestación que comparte con el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional y en el artículo tercero se precisó que *“El valor del retroactivo, que asciende a la suma de \$13,513,797,00 será girado al Fondo Rotatorio de la Policía Nacional de Colombia, a través de la cuenta Nit. 860020227-0”*, toda vez que la pensionada autorizó dicho giro.

Por su parte, el Fondo Rotatorio de la Policía, por medio de la Resolución No. 00709 del 20 de noviembre de 2014, retiró a la señora Rosa Marina Sierra Martínez de la nómina de pensionados y reconoció la compartibilidad pensional con la Administradora Colombiana de Pensiones, como consecuencia de la pensión de vejez otorgada por dicha administradora y en el artículo tercero ordenó al área de cobro coactivo del Grupo de réditos y Cartera, gestionar la recuperación de las mesadas comprendidas entre los años 2013 y 2014 y que ascendían a la suma de \$2.592.351,00 m/cte., toda vez que dicha administradora asumió la prestación a partir del mes de enero de 2013.

Posteriormente, mediante la **Resolución No. GNR 66608 del 9 de marzo de 2015**, Colpensiones resolvió desfavorablemente el recurso de reposición promovido por la señora Rosa Marina Sierra Martínez, contra la Resolución No. GNR 291505 del 21 de agosto de 2014, al considerar que la prestación le fue reconocida bajo el régimen pensional del Decreto 758 de 1990, el cual consagra que la mujer adquirirá su estatus pensional al cumplir los 55 años de edad, teniendo un mínimo de 1000 semanas cotizadas y, en ese sentido, la entidad le reconoció la prestación desde el 1 de enero del año 2013, fecha en la que la asegurada cumplió con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, lo que conlleva a que no sea beneficiaria de la mesada catorce (14), en virtud de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Así mismo, por medio de la **Resolución No. VPB 52604 del 15 de julio de 2015**, Colpensiones resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. GNR 291505 del 21 de agosto de 2014, confirmando en su integridad la decisión adoptada, al sostener que el Acto Legislativo 01 de 2005, señaló que las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la entrada en vigencia del mismo (22 de julio de 2005), sólo podrán recibir trece (13) mesadas pensionales al año, exceptuando de esta medida a los afiliados que percibían una prestación igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la misma se hubiese causado antes del 31 de julio de 2011.

A su turno, el Coronel Jorge Alveiro Carrillo Delgado, Subdirector Administrativo y Financiero del Fondo Rotatorio de la Policía, mediante el **Oficio No. 20172600004571 del 13 de febrero de 2017**, señaló que a la actora no le asiste el derecho a recibir catorce (14) mesadas pensionales, en la medida que las prestaciones que se causen con posterioridad al 31 de julio de 2011, no podrán calcularse con más de trece (13) mesadas al año, al tenor de lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, como ocurre en el caso de la señora Rosa Marina Sierra Martínez, pues si bien el **1 de marzo de 2010**, la entidad le reconoció la pensión de jubilación, lo cierto es que el **21 de agosto de 2014**, Colpensiones le otorgó la prestación por vejez.

Igualmente, por medio del **Oficio No. 20172600013101 del 17 de marzo de 2017**, la Coronel Yolanda Cáceres Martínez, Directora General del Fondo Rotatorio de la Policía, resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por la demandante, contra la decisión anterior, al sostener que a través de la Resolución No. 00181 del 25 de febrero de 2010, la entidad le reconoció la pensión de jubilación, al cumplir los requisitos establecidos en los artículos 44 del Decreto 2701 de 1988 y 36 de la Ley 100 de 1993, hasta tanto cumpliera la edad exigida y el ISS efectuara el reconocimiento de la pensión de vejez.

Igualmente, señaló que, mediante la Resolución No. GNR 291505 del 21 de agosto de 2014, Colpensiones le reconoció a la actora la pensión de vejez, de forma retroactiva, a partir del 1 de enero de 2013 y, en consecuencia, fue retirada de la nómina de pensionados del Fondo Rotatorio de la Policía,

desde el 31 de octubre de 2014, debido a la incompatibilidad que existe entre dichas prestaciones, tal como lo previó el artículo 3 del Decreto 2709 de 1994.

En ese sentido, refirió que a la señora Rosa Marina Sierra Martínez le fue otorgada la pensión por vejez el 14 de agosto de 2014, la cual disfruta actualmente, fecha posterior al 31 de julio de 2011, motivo por el cual no tiene derecho a percibir la mesada adicional del mes de junio, en virtud de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005 y, por ende, no hay lugar a devolver las sumas de dinero rembolsadas por dicho concepto para los años 2013 y 2014.

Finalmente, a través de la **Resolución No. SUB 269889 del 16 de octubre de 2018**, la Administradora Colombiana de Pensiones, le negó a la demandante el reconocimiento de la mesada catorce (14), toda vez que, mediante la Resolución No. GNR 291505 del 21 de agosto de 2014, le fue reconocida la pensión de vejez de carácter compartida, de conformidad con el Decreto 758 de 1990 y, en consecuencia, según la normatividad aplicada el estatus de pensionada lo adquirió el **1 de enero de 2013**.

Sobre el particular, el Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, en el concepto No. C. E. 2258 del 7 de diciembre de 2015⁴, respecto al reconocimiento de la mesada catorce (14), cuando se está en presencia de una **pensión compartida**, indicó:

“Tampoco se discute que cuando el Instituto de Seguros Sociales (hoy COLPENESIONES) reconoce la pensión legal a los ex trabajadores del IDEMA, opera el régimen de compartibilidad pensional (Acuerdo ISS 49 de 1990, aprobado por Decreto 758 de 1990), con base en el cual el Ministerio de Agricultura modifica el acto inicial de reconocimiento de la pensión convencional en el sentido de asumir solamente el mayor valor (en caso de que la pensión convencional sea superior a la legal) o de declarar extinguida la obligación pensional a cargo del Ministerio de Agricultura (en el evento en que la pensión convencional sea inferior a la legal)”¹⁸.

⁴ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL - CONSEJERO PONENTE: WILLIAM ZAMBRANO CETINA, siete (07) de diciembre de dos mil quince (2015), expediente número: 11001-03-06-000-2015-00109-00(2258), actor: MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL.

Ahora bien, según la consulta el problema surgió con posterioridad al Acto Legislativo 1 de 2005, que eliminó la mesada catorce para quienes adquirieran el estatus pensional a partir del 25 de julio de 2005 y su pensión sea superior a tres (3) salarios mínimos legales... En el caso consultado, la discusión se presenta respecto de aquellos ex empleados del IDEMA a quienes el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural les reconoció la pensión convencional antes del Acto Legislativo 1 de 2005 (inclusive la mesada catorce), pero respecto de los cuales la pensión legal se causó con posterioridad a dicha reforma. En estos casos, cuando se reconoce la **pensión legal** y la misma supera los tres salarios mínimos o la prestación se causa después del 31 de julio de 2011, el ISS (hoy COLPENSIONES) no reconoce la mesada 14 en aplicación del referido Acto Legislativo 1 de 2005.

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural ha considerado que los ex empleados que se encuentran en estas condiciones perderían la mesada 14 que les había reconocido dicho organismo antes del Acto Legislativo 1 de 2005, al no ser posible su compensación o compartibilidad con la pensión legal reconocida por COLPENSIONES (antes ISS). **Sin embargo, esa interpretación ha sido rechazada por la Corte Suprema de Justicia, que en sede de casación ha condenado al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural a mantener el pago de la mesada catorce (14) reconocida por dicho organismo a los ex empleados del IDEMA, con independencia de que la pensión legal a cargo del ISS esté sujeta a las restricciones del Acto Legislativo 1 de 2005.**

Así, en Sentencia del 3 de septiembre de 2014¹ la Corte Suprema de Justicia se enfrentó a los siguientes cargos planteados por el Ministerio de Agricultura y que son los mismos que ahora plantea en la Consulta para insistir en su particular interpretación del asunto:

(...)

Por lo visto, es claro que no debe existir diferencia alguna en relación con la naturaleza jurídica de la pensión reconocida, para efectos del beneficio del pensionado a recibir las mesadas adicionales; de ahí que como el cargo está orientado por la vía directa, no es tema de discusión que las pensiones otorgadas a los actores son de fecha anterior a la vigencia del Acto Legislativo mencionado, por tanto les asiste el derecho a percibir la mesada adicional consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993”.

Contrario sensu, **como la prestación, en el sub lite se reconoció mucho antes de la citada modificación constitucional es patente que se debe respetar ese derecho, incluso porque en el inc. 9° del Art. 48 Superior quedó claro que en materia pensional se respetaran todos los derechos adquiridos.** Ello en el entendido que el derecho se causó con anterioridad al 25 de junio de 2005, fecha en que entró en vigencia el mencionado Acto Legislativo, circunstancia que corrobora la documental aportada al plenario.

Razón por la cual, no se puede afectar situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, máxime cuando como quedó dilucidado, la entidad le venía reconociendo el

pago de la mesada catorce hasta antes de que el I.S.S. les reconociera la pensión de vejez, circunstancias todas éstas que conducen a la improsperidad del cargo planteado por la recurrente.”²⁰

Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en las Sentencias de Casación del 3 de diciembre de 2014 (Radicación 64736), 25 de marzo de 2015 (radicación 62491) y 22 de abril de 2015 (radicación 57093), en las cuales se ha ratificado que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural **no puede dejar de pagar la mesada catorce reconocida a los ex trabajadores del IDEMA antes del Acto Legislativo 1 de 2005, por el hecho de que no forme parte del reconocimiento de la pensión legal por parte de COLPENSIONES.**

(...)

En suma, encuentra la Sala que el traslado del riesgo de una pensión al Instituto de Seguros Sociales bajo la figura de la compartibilidad, no se agota con el hecho de que el empleador continúe cotizando en nombre del jubilado, sino que se exige la determinación adecuada y justa del “mayor valor” que le corresponde asumir, a partir de la protección constitucional de los derechos adquiridos de los pensionados y de la interdicción de la disminución de las pensiones reconocidas conforme a derecho (art. 48 C.P), que ha sido la perspectiva desde la cual se ha definido la figura de la compartibilidad (...)”²²

(...)

Según lo analizado en este concepto, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural no puede dejar de pagar la mesada catorce reconocida a los ex trabajadores del IDEMA antes del Acto Legislativo 1 de 2005, por el hecho de que tal prestación no forme parte del reconocimiento de la pensión legal por parte de COLPENSIONES.

(...)” (negrita fuera del texto original).

Por su parte, el Tribunal Administrativo del Magdalena, en providencia del 10 de abril de 2019, dentro del expediente No. 47-001-3333-004-2015-00342-01⁵, discurrió:

“(...)”

De conformidad con la normatividad desarrollada en capítulo anterior, se concluye que, contrario a lo dispuesto por la Universidad del Magdalena, el Instituto de Seguros Sociales al reconocer la pensión de vejez al actor, observó los parámetros legales establecidos para tal fin, esto es, el artículo 5 del Decreto 813 de 1994, modificado por el artículo 2° del Decreto 1160 de 1994, que indica que una vez reconocida la pensión por parte del empleador,

⁵ Tribunal Administrativo Del Magdalena, Magistrada Ponente: Dra. Maribel Mendoza Jiménez Santa Marta D.T.C.H., diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019), expediente No. 47-001-3333-004-2015-00342-01, demandante: Rodrigo Oñate Villa, demandada: Universidad del Magdalena y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

este continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, momento a partir del cual le corresponde al ISS proceder a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del empleador al mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

Así las cosas, resulta lógico inferir que en el momento en el accionante cumplió los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y que nació la obligación en cabeza del ISS del reconocimiento pensional, este no tenía la obligación de reconocer y pagar al empleado la mesada adicional reclamada, porque ya se encontraba vigente el acto legislativo 01 de 2005 que limitó el derecho a recibir la mesada 14 a quienes adquirieran su derecho pensional antes del 31 de julio de 2011, siempre y cuando su mesada pensional fuera igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, situación en la que no se encontraba el actor, respecto del ISS.

No obstante, no puede desconocer la Sala que el derecho a recibirla mesada 14 o adicional fue adquirido por el accionante una vez cumplió con los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985 para ser acreedor a la pensión de jubilación primigeniamente reconocida por la Universidad del Magdalena el 24 de septiembre de 2002, esto es, con anterioridad a la vigencia del acto legislativo 01 de 2005, y por ende la misma era pagada por la Universidad, y de allí que deba seguir siendo pagada por dicho ente como mayor valor resultante entre la pensión de jubilación reconocida por esta y la de vejez reconocida por el ISS.

Vale la pena resaltar que la Corte Suprema de Justicia en los temas de compartibilidad pensional, ha reiterado, entre otras, en las Sentencias de Casación del 3 de diciembre de 2014 (Radicación 64736), 25 de marzo de 2015 (radicación 62491) y 22 de abril de 2015 (radicación 57093), que no puede dejar de pagarse la mesada catorce reconocida a los ex trabajadores antes del Acto Legislativo 1 de 2005, por el hecho de que no forme parte del reconocimiento de la pensión legal por parte de COLPENSIONES, al tratarse de un derecho adquirido. Y aunque dichos pronunciamientos fueron dirigidos en eventos de reconocimiento de pensiones con beneficios convencionales, resulta aplicables mutatis mutandi para dirimir la controversia suscitada” (resaltado fuera del texto).

Del concepto y jurisprudencia en cita, se concluye que en el evento que a un servidor público le sea otorgada una pensión con la inclusión de la mesada adicional del mes de junio, prestación que, a la postre, deba ser asumida por la Administradora Colombiana de Pensiones bajo la figura de la compartibilidad, contenida en los artículos 18 del Decreto 758 de 1990 y 44 del Decreto 1748 de 1995, el pensional no perderá el beneficio a la continuidad en el pago de la misma, pues constituye un derecho adquirido, el cual no desaparece, criterio que acoge esta Juzgadora, en la medida que

al consolidarse su disfrute formó parte del patrimonio de quien la causa y, por ende, dicho beneficio no puede ser desconocido por la administración, bajo la premisa del reconocimiento de una pensión que cubre el riesgo por vejez, pues el derecho a percibir la aludida mesada no se extingue con el paso del tiempo.

Así mismo, se colige que la continuidad en el pago de la mesada adicional de junio, está a cargo de la entidad que primigeniamente reconoció la pensión, como consecuencia del mayor valor que debe asumir respecto de la prestación.

Ahora bien, a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, existen dos presupuestos, frente a quienes tienen o no derecho a percibir la mesada adicional del mes de junio, así:

i) Las personas que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

ii) Se exceptúan de lo anterior, **las personas que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio de 2011**, si su mesada pensional es igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6 del artículo 1° del Acto Legislativo.

Así las cosas, bajo el primer postulado, la demandante no tendría derecho al reconocimiento de la mesada adicional del mes de junio, pues su derecho a la pensión se produjo con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, el **1 de marzo de 2010**, como se determinó en la Resolución No. 00181 del 25 de febrero de 2010; no obstante, corresponde establecer si se encuentra cobijada por la excepción contenida en el parágrafo transitorio No. 6 de dicha normativa constitucional, dado que causó el derecho pensional con antelación al 31 de julio de 2011.

Al respecto, según se acredita en la Resolución No. 00181 del 25 de febrero de 2010, para esa anualidad la demandante percibía una pensión de jubilación en cuantía de **\$673.273,00 m/cte.**, en tanto que el salario

mínimo legal mensual vigente de dicho año fue de **\$576.500,00 m/cte**⁶, suma que multiplicada por 3 arroja un valor de **\$1'729.500,00 m/cte.**, lo que significa que la mesada pensional de la señora Rosa Marina Sierra Martínez estaba por debajo de los tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, circunstancia que le da el derecho a devengar la mesada adicional del mes de junio.

Así las cosas, el derecho a recibir la mesada catorce (14) fue adquirido por la demandante una vez cumplió los requisitos para ser acreedora de la prestación que por primera vez le fue reconocida por el Fondo Rotatorio de la Policía, a través de la Resolución No. 00181 del 25 de febrero de 2010 y, por ende, dicha entidad debe continuar con el pago de la aludida mesada, como mayor valor resultante entre la pensión de jubilación reconocida por esta y la vejez otorgada por Colpensiones.

En ese sentido, las razones expuestas son suficientes para que este Despacho acceda a las súplicas de la demanda, efecto para el cual se **declarará la nulidad de los Oficios Nos. 2017260004571 del 13 de febrero de 2017 y 2017260001301 del 17 de marzo de la misma anualidad**, expedidos por el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, pues la señora Rosa Marina Sierra Martínez, a través de los cargos formulados logró demostrar que fueron violatorios de las normas superiores invocadas, desvirtuándose así la presunción de legalidad que los amparaba.

En consecuencia, se ordenará el restablecimiento del pago de la mesada adicional del mes de junio que venía siendo percibida por la actora y la devolución de los valores que le fueron descontados en la resolución **GNR291505 del 21 de agosto de 2014**, por dicho concepto.

5.6. INTERESES DE MORA ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993.

En lo concerniente al pago de los intereses establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, por la mora en el retroactivo pensional, el H. Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2010⁷, señaló:

⁶ <https://www.salariominimocolombia.net/historico/>

⁷ Sección Segunda- Subsección "B" M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación: 08001-23-31-000-2007-00732-01 (2734-08)

“(…) Esta Corporación ha venido sosteniendo desde tiempo atrás que recibir la indexación de las sumas adeudadas y además los intereses moratorios constituye un doble pago, puesto que ambas sanciones tienen la misma virtualidad, vale decir, la de recuperar el valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el correspondiente a los reajustes del I.B.L. Por consiguiente, el reconocimiento de la indexación y de intereses moratorios por el mismo concepto no se compadece con el principio de derecho que censura el enriquecimiento sin justa causa y que daría lugar a la procedencia de la actio in rem verso, como hizo notar el recurrente demandado (…)” (Resaltado fuera de texto original).

Ahora bien, de la jurisprudencia en cita, se advierte que si bien se estudió el reconocimiento de intereses moratorios, por concepto del reajuste del IBL, lo cierto es que la misma, es aplicable *mutatis mutandi* al caso que nos ocupa, puesto que analiza un caso de mesadas pensionales y, en consecuencia, no hay lugar al pago de los aludidos intereses, teniendo en cuenta que se ordenará la indexación de los valores reconocidos, lo cual constituiría un doble pago de la misma naturaleza.

5.7. DE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS PENSIONALES.

En este acápite, el Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción de las mesadas, pues si bien dicho medio exceptivo fue propuesto por Colpensiones, lo cierto es que tal como se señaló líneas atrás la continuidad en el pago de la mesada catorce (14) está a cargo del Fondo Rotatorio de la Policía, entidad que guardó silencio frente a tal aspecto, al momento de contestar la demanda.

Sobre el particular, se señala 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, en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁸.

La tendencia jurisprudencial ha sido en el sentido de declarar no la prescripción del derecho pensional, toda vez que se trata de una prestación

⁸ **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.

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 a la señora Rosa Marina Sierra Martínez, le fue reconocida la pensión de vejez el **21 de agosto de 2014**, mediante la Resolución No. GNR 291505 de la misma fecha, momento a partir del cual dejó de percibir la mesada adicional del mes de junio, quien presentó reclamación administrativa, frente al restablecimiento de su pago y la devolución de las sumas que le fueron descontadas por dicho concepto, a través de escrito radicados el **24 de enero de 2017**, ante el Fondo Rotatorio de la Policía (entidad que tiene a cargo su pago), de lo que se desprende que no operó fenómeno prescriptivo alguno.

5.8. COSTAS.

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

De otro lado, frente a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se precisa que no será condenada en costas, toda vez que no recae decisión alguna en su contra.

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 los **Oficios No. 2017260004571 del 13 de febrero de 2017 y 2017260001301 del 17 de marzo de la misma anualidad**, por medio de los cuales el Fondo Rotatorio de la Policía le negó a la actora el restablecimiento del pago de la mesada adicional del mes de

junio y la devolución de las sumas que le fueron descontadas por dicho concepto.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** al FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA el **RESTABLECIMIENTO DEL PAGO** de la mesada adicional del mes de junio de la señora ROSA MARINA SIERRA MARTÍNEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.751.575 de Bogotá, desde el **21 de agosto de 2014**, fecha en que dejó percibir la referida mesada, de conformidad con el mayor valor que le corresponde asumir en la pensión de vejez que fue reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, como consecuencia de la compartibilidad pensional y la **DEVOLUCIÓN** de los valores que le fueron descontados en la resolución **GNR291505 del 21 de agosto de 2014**, por dicho concepto. desde el **1 de enero de 2013**.

TERCERO: DECLARAR PROBADA DE OFICIO la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL, en virtud de lo señalado en la parte considerativa de la presente providencia.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin costas a cargo del FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA y de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

SEXTO: 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.

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

OCTAVO: El Fondo Rotatorio de la policía Nacional deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, dentro del término fijado en el artículo 192 del C. P. A. C. A.

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

DÉCIMO: Se reconoce personería para actuar a la doctora **PAOLA ALEJANDRA MORENO VASQUEZ**, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones, de conformidad con el poder de sustitución que le fue conferido por el doctor JOSÉ OCTAVIO ZULUAGA RODRÍGUEZ.

Igualmente, se reconoce personería para actuar al doctor **CAMILO CONTRERAS GONZÁLEZ**, como apoderado del Fondo Rotatorio de la Policía, en virtud del poder conferido por el Director General JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ RAMÍREZ.

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. 017, de hoy 29 de junio de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

Firmado Por:

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ
JUEZ

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

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

Código de verificación:

ed8879c105e571ebcf7038ceae62683283ac79425762b6a6f28300d75bbc0ceb

Documento generado en 25/06/2021 10:45:04 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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



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

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

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-2019-00391-00
Demandante: OMAR HUMBERTO RIASCOS URBANO
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

El señor **OMAR HUMBERTO RIASCOS URBANO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.240.067, 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 5 de junio de 2019, frente a la petición elevada el 5 de marzo de 2019, por medio de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías.

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

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

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

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

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

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

1.2. HECHOS

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

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

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

1.2.3. Que por laborar como docente en los servicios educativos estatales, el actor le solicitó al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 18 de mayo de 2018, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Que por medio de la Resolución No. 9884 del 25 de septiembre de 2018, le fueron reconocidas las cesantías al actor, las cuales fueron canceladas el 18 de enero de 2019, por intermedio de entidad bancaria.

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

1.2.6. Que el actor solicitó la cesantía el 18 de mayo de 2018, siendo el plazo para pagarla el día 3 de septiembre de 2018, pero se realizó el 18 de enero de 2019, por lo que trascurrieron 134 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelarla hasta el momento en que se efectuó el pago.

1.2.7. Que el 5 de marzo de 2019, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

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

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

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

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

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

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

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

Aduce que la contabilización adicional de los 10 días, a los 60 días que contempla la ley señalada anteriormente, con el objeto de agotar el procedimiento de reconocimiento y pago de la cesantía, obedece a la necesidad de contabilizar el término necesario para que el acto administrativo que reconoció la prestación quede debidamente ejecutoriado conforme lo establece la ley.

III. CONTESTACION

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **20 de abril de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso la excepción de **improcedencia de la condena en costas** en la que indicó que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede.

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

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

De otra parte, indicó que respecto al caso en concreto se evidenció lo siguiente: i) Que la fecha de solicitud de las cesantías fue el día 18 de mayo de 2018, ii) que la fecha máxima de pago 70 días fue el 2 de agosto

de 2018 iii) la fecha en la cual efectivamente se realizó el pago fue el 18 de enero del mismo año, y iv) el número de días de mora son 87.

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. 20211181200641 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 **87** 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.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.2.1. Resolución No. 9884 del 25 de septiembre de 2018, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva al demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 18 de mayo de 2018 (fls. 18 a 19).

5.2.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2019-44039 del 5 de marzo de 2019, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través del cual el actor deprecó el reconocimiento y pago de la sanción por mora (fls. 14 a 15).

5.2.3. Certificación expedida por la Fiduprevisora S.A, donde hace constar que el pago de las cesantías definitivas quedó a disposición del demandante el 29 de octubre de 2018, el cual no fue cobrado y se reprogramó para el 21 de enero de 2019.

5.2.4. Desprendible de pago del Banco BBVA, donde consta que el pago de la cesantía definitiva por valor de \$21.398.357 pesos M/cte., fue reprogramado al actor el 21 de enero de 2019 y pagada por caja el 4 de febrero del mismo año (fl.20).

5.2.5. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 9 de agosto de 2019, en la Procuraduría Sexta Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida (fl. 21 a 23).

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por el demandante el 5 de marzo 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.

5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado de la parte actora depreca la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por el demandante el 5 de marzo de 2019 (fls. 14 y 15), 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 5 de marzo de 2019 (fls. 14 y 15), tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

(...)”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

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

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

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.

de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

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

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

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

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

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

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

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

(vi) **Aplicar el régimen general de los servidores públicos a**

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

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

5.5. CASO CONCRETO.

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

5.5.1. Categoría de servidor público 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 Omar Humberto Riascos Urbano, ostentó la calidad de docente vinculado a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía definitiva, prestaba sus servicios como docente de vinculación Nacional- Situado fiscal (fl. 18), calidad que le otorga la condición de servidor público y, por ende, es destinatario de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.5.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

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

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 9884 del 25 de septiembre de 2018 (fl. 18), el demandante solicitó el pago de sus cesantías definitivas el **18 de mayo de 2018**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar

dicho reconocimiento, esto es, hasta el **12 de junio del mismo año**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **25 de septiembre de 2018**, esto es, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **21 de mayo de 2018**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías definitivas debió realizarse a más tardar el **3 de septiembre de dicho año**, pago que quedó a disposición del actor desde el **29 de Octubre de 2018**, como consta en el oficio expedido por la FIDUPREVISORA S.A., obrante en el expediente, dinero que fue objeto de reprogramación el 21 de enero de 2019, incurriéndose en mora del **3 de septiembre de 2018 al 28 de Octubre de la misma anualidad**, ya que a falta de diligencia en el no cobro por parte del actor, no puede ser utilizada en contra de la Administración y, en su beneficio.

5.5.3. Salario base de liquidación.

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

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

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

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

Ahora bien, se lee en la Resolución No. 9884 del 25 de septiembre de 2018, que el actor estuvo vinculado al servicio hasta el **1 de abril de 2018**, razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por el actor en dicha fecha.

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

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

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

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

(...)

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

191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor

*presente, razón por la cual, **la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.***

(...)”.

Ahora bien, en sentencia del **27 de julio de 2017 de 2019**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)aqueellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

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

(...)”.

Así las cosas y dado que esta Juzgadora era del criterio que en ningún caso había lugar a la indexación moratoria, varia dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según

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

el cual desde el momento que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia procede la indexación del artículo 187 del C.P.A.C.A.

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **30 de octubre de 2018** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por el señor Omar Humberto Riascos Urbano el 5 de marzo de 2019, al encontrarse incurso en causal de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías definitivas, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **3 de septiembre de 2018 y el 28 de Octubre de la misma anualidad.**

El valor del salario es el vigente para el **1 de abril de 2018**, fecha de retiro del servicio, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por el actor en dicho mes y año.

5.6. PRESCRIPCIÓN

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

oficiales”³; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 “*Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968*”⁴; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁵.

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

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía definitiva, se hizo exigible a partir del **3 de septiembre de 2018** y el señor Omar Humberto Riascos Urbano formuló reclamación administrativa el **5 de marzo de 2019** (fls. 14 a 15), en tanto la demanda se presentó el **17 de septiembre de 2019** (fl. 25), de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.7. COSTAS

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

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

RESUELVE:

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

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

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

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.

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta respecto de la petición elevada el **5 de marzo de 2019**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2019-44039.

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-2019-44039 del 5 de marzo 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 definitivas.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer al señor **OMAR HUMBERTO RIASCOS URBANO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.240.067, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías definitivas, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **3 de septiembre de 2018 y el 28 de Octubre de la misma anualidad**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para el **1 de abril de 2018**, fecha de retiro del servicio, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por el actor en dicho mes y año.

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **30 de octubre de 2018 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin costas a cargo de la parte demandada.

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

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

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 017 de hoy 29 de junio de 2021 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CANACHE 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:

**5eca5abb433ded8b5e96f261d8e7d945074e0377fd766410149a9a1b283cc
5b3**

Documento generado en 28/06/2021 04:27:00 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., veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso:	11-001-33-35-018- 2019-00393-00
Demandante:	JULIETH VANESSA RINCÓN SANABRIA
Demandado:	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Asunto:	SENTENCIA

La señora **JULIETH VANESSA RINCÓN SANABRIA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.033.700.357 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

(i) Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 7 de marzo de 2019, frente a la petición elevada el 7 de diciembre de 2018, por medio de la cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la ley 1071 de 2006.

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

(ii) Reconocer, liquidar y pagar a favor de la actora la sanción moratoria por no haber cancelado a tiempo el valor de las cesantías asignadas en la Resolución No. 1670 del 3 de marzo de 2017, desde el 3 de enero de

2017 hasta el 24 de abril del mismo año, fecha en la que se le efectuó el pago.

(iii) Reconocer liquidar y pagar la indexación de las sumas solicitadas en el numeral anterior, desde la fecha de pago de las cesantías y hasta la cancelación efectiva de la sanción moratoria.

iv) Reconocer liquidar y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, de conformidad con el artículo 192 del C.P.A.C.A.

v) Dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en los artículos 189 y 192 del C.P.A.C.A.

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

1.2. HECHOS

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

1.2.1. Que solicitó el 3 de octubre de 2016, ante la entidad demandada, el reconocimiento y pago de las cesantías a que legalmente tiene derecho.

1.2.2. Que mediante la Resolución No. 1670 del 3 de marzo de 2017, se le reconoció y ordenó el pago de la prestación solicitada, la cual fue debidamente notificada y se encuentra ejecutoriada, siendo cancelada el 24 de abril del mismo año.

1.2.3. Que de conformidad con los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, la entidad tiene un término legal para resolver la petición de cesantías, por lo tanto, tal como se acredita en el libelo demandatorio, el valor correspondiente se canceló de forma extemporánea, generándose así la mora.

1.2.4. Que el 7 de diciembre de 2018, radicó ante la entidad demandada un derecho de petición, tendiente a obtener el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria, establecida en el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006; sin embargo en el término otorgado por la Ley para resolverlo, esta guardó silencio.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 25 y 53 Constitucionales, 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Sostiene que la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual fue creado mediante la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación y está representada por el Ministerio de Educación Nacional.

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, estableció un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, esto es, 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para efectuarse el pago al servidor después de expedido el acto administrativo de reconocimiento; sin embargo, pese a que la jurisprudencia ha establecido que en los eventos en que la Administración no se pronuncie o lo haga tardíamente frente a dicha petición, no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso.

Agrega que la entidad demandada vulneró la Ley 1071 de 2006, toda vez que la actora solicitó el pago de sus cesantías, las cuales le fueron reconocidas mediante la Resolución No.1670 del 3 de marzo de 2017, es decir, después de los 15 días otorgados por la Ley y las mismas fueron canceladas con posterioridad a los 45 días hábiles establecidos en la norma para el efecto, incurriendo en la mora deprecada.

III. CONTESTACIÓN

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

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

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

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora mediante escrito allegado el **1 de junio de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que el reconocimiento de la sanción por moratoria por el pago tardío de las cesantías es un asunto de puro de derecho, de conformidad con la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

En ese sentido, solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda y se ordene reconocer y pagar a la actora la sanción moratoria de que trata el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, por el pago tardío de las

cesantías reconocidas mediante la Resolución No. 1670 del 3 de marzo de 2017, desde el 3 de enero de 2017 hasta el 24 de abril del mismo año.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211181200621 del 30 de mayo de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico el 31 del mismo mes y año señaló que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en **97** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

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

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

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

4.3. Ministerio Público

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

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:

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

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

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.2.1. Resolución No. 1670 del 3 de marzo de 2017, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 3 de octubre de 2016 (fls. 9 y 10).

5.2.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2018-191004 del 7 de diciembre de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías (fls. 12 y 13).

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

5.2.4. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la actora (fl. 5)

5.2.5. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 8 de julio de 2019, en la Procuraduría 55 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida (fls. 15 y 16).

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el 7 de diciembre de 2018, ii) si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamada por la actora.

5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado de la parte actora deprecia la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por la demandante 7 de diciembre de 2018 (fls. 12 a 14), mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la

solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 7 de diciembre de 2018 (fls. 12 a 14), tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

(...)”.

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

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

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

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

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus

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

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

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

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

De los artículos transcritos se deduce que si se trata del reconocimiento de cesantías **definitivas o parciales**, la entidad pública obligada al

reconocimiento y pago dispone de un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de solicitud de liquidación de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.

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

5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

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

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

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

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

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

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva,

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

y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

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

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

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

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

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

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

la exigibilidad de la sanción por mora, iii) el salario de liquidación e iv) indexación de la sanción moratoria.

5.5. CASO CONCRETO.

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

5.5.1. Categoría de servidora pública de la actora.

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

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

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora Julieth Vanessa Rincón Sanabria, ostenta la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación Distrital- sistema general de participaciones- CED la Unión de Usme (fl. 9), calidad que le otorga la condición de servidora pública

y, por ende, es destinataria de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.5.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

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

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 1670 del 3 de marzo de 2017, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **3 de octubre de 2016**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **25 de octubre de la misma anualidad**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **3 de marzo de 2017**, es decir, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **4 de octubre de 2016**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **16 de enero de 2017**, suma que quedó a disposición de la actora desde el **24 de abril de 2017**, como consta en el oficio expedido por la FIDUPREVISORA S.A., obrante a folio 11 del expediente,

incurriéndose en mora del **16 de enero de 2017 al 23 de abril de la misma anualidad.**

5.5.3. Salario base de liquidación.

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

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

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

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

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de la entidad empleadora comprende una anualidad (**16 de enero de 2017 al 23 de abril de la misma anualidad**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de enero a abril de 2017.

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)”.

Ahora bien, en sentencia del **26 de agosto de 2019**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:

“(...)”

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.

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

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

(...)”.

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

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **25 de abril de 2017** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la señora Julieth Vanessa Rincón Sanabria el 7 de diciembre de 2018, al encontrarse incurso en causal de nulidad y a título de restablecimiento

del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido del **16 de enero de 2017 al 23 de abril de la misma anualidad.**

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

5.6. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*³; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*⁴; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁵.

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

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía parcial, se hizo exigible a partir del **16 de enero de 2017** y la señora Julieth Vanessa Rincón Sanabria formuló reclamación administrativa el **7 de diciembre**

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

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

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

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.

de 2018 (fl. 12), en tanto la demanda se presentó el **18 de septiembre de 2019** (fl. 17), de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.7. COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta respecto de la petición elevada el **7 de diciembre de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2018-191004.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el No. **E-2018-191004 del 7 de diciembre de 2018**, a través de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías parciales.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **JULIETH VANESSA RINCÓN SANABRIA**, identificada con la cédula de

ciudadanía No. 1.033.700.357 de Bogotá, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **16 de enero de 2017 y el 23 de abril de la misma anualidad**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

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

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

QUINTO: Sin costas a cargo de la parte demandada.

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

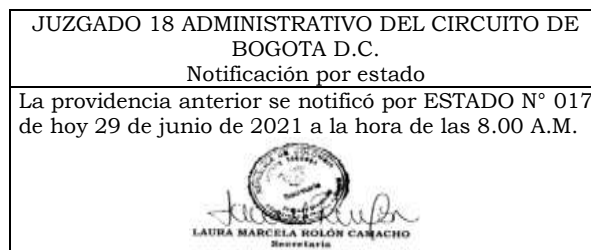
SÉPTIMO: Por Secretaría dese cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ**



Firmado Por:

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ

JUEZ

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

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

2364/12

Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 2019-00393

Código de verificación:

**2d6dec7eb24b1c614bfbf241a61a899565f3068befe69b481e8395eddb36ee
7c**

Documento generado en 25/06/2021 03:23:13 p. m.

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., veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 110013335-018-**2019**-00**396**-00
Demandante: **RUBEN DARIO AMAYA GARZÓN**
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA
NACIONAL
Asunto: SENTENCIA

El señor **RUBEN DARIO AMAYA GARZÓN**, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.166.506, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el demandante que se declare la nulidad parcial del acto administrativo No. 01231 del 29 de marzo de 2019, con fecha fiscal del 31 del mismo mes y año, expedido por el Director de la Policía Nacional mediante el cual se ascendió entre otros, al señor Rubén Darío Amaya Garzón al grado de Intendente Jefe, cuando le correspondía el de Subcomisario en dicho año.

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

i) Reconocer al actor el tiempo de antigüedad desde marzo de 2019, para ascender al grado de Subcomisario y para el pago de salarios y emolumentos que dejó de percibir como activo y se le reajuste su asignación de retiro o pensión de invalidez.

ii) Restablecer los derechos del señor Rubén Darío Amaya Garzón en cuanto a su liquidación prestacional, incluyendo la diferencia de salarios, primas, subsidios, cesantías sobre el sueldo básico otorgado y demás emolumentos desde la fecha de su ascenso, dinero que ha dejado de percibir en el grado de Subcomisario.

iii) Que dé cumplimiento a la sentencia dentro del término establecido en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y se pague a favor del demandante los intereses moratorios, conforme lo ordena el artículo 195 ibídem.

iv) Que una vez declarada la nulidad se envíe el acto administrativo a la dependencia correspondiente, para que se actualice su hoja de vida con el grado de Subcomisario.

v) Que se condene al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional al pago de agencias y costas del proceso, conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

1.2. HECHOS.

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

1.2.1. El señor Rubén Darío Amaya Garzón es miembro activo de la Policía Nacional, el cual labora en la Metropolitana de Bogotá, ingresando a la carrera del Nivel Ejecutivo el 23 de septiembre de 1996, siendo dado de alta en el grado de patrullero el 1° de agosto de 1997, ascendiendo a los 4 años al grado de Subintendente mediante la Resolución No. 03170 del 1 de septiembre de 2001 y, luego, a Intendente, a través de la Resolución No. 01012 del 31 de marzo de

2012.

1.2.2. Por medio de la Resolución 01231 del 29 de marzo de 2019, expedida por el Director de la Policía Nacional, el demandante fue ascendido al grado de “Intendente Jefe”.

1.2.3. Aduce que la Policía Nacional afectó al demandante debido a que no le permitió ascender al grado de “Subcomisario”, sino al de “Intendente Jefe”, lo que perjudicó de manera directa sus ingresos y su carrera, ello debido a que lleva más de 22 años de antigüedad y hasta ahora llega a este último grado, siendo discriminado y desmejorado en sus prestaciones sociales.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 48, 53, 83, 84, 121 y 220 Constitucionales, artículos 1, 2 y 10 de la Ley 4ª de 1992 y 33 de la Ley 734 de 2002 y estructura el concepto de la violación de la siguiente manera:

Señala que el acto administrativo acusado fue expedido con falsa motivación y con infracción de las normas en que debía fundarse, por cuanto se le aplicó un grado que no procedía para los policiales que venían en carrera.

Alude a que, al momento del ingreso del actor a la Policía Nacional existían las carreras de oficiales, suboficiales, agentes y del nivel ejecutivo, sin que existiera en esta última, el grado de Intendente Jefe; sin embargo, en el año 2019, fue ascendido al mismo, cuando debió ser promovido al de Subcomisario y a hoy con más de 22 años de servicios, debió obtener el de Comisario en comparación con el grado de Sargento Mayor de las demás Fuerzas.

Alude a que, cuando compró la carpeta para ingresar a la Policía Nacional en el año 1996, inició su proyecto de vida con los grados consagrados en el Decreto 041 de 1994, los cuales fueron replicados en

el Decreto 132 de 1995, aspecto que lo motivó a ingresar a la carrera, pues en 25 años, obtendría el máximo grado de Comisario; sin embargo, con fundamento en el Decreto 578 de 2000, el Presidente de la República expidió el Decreto 1791 del mismo año, modificando los grados del nivel ejecutivo, adicionándole el de intendente jefe, debiendo ascender primero a aquél, para llegar al de Comisario.

Afirma que debió respetarse su antigüedad, al haber ingresado a la Institución en 1996, dándose aplicación a los regímenes vigentes para dicho momento y no a normas posteriores que rigen a partir de su promulgación, amén que en las mismas no se hizo claridad si estaban destinadas al personal vinculado a la carrera policial como régimen de transición.

En ese sentido, reitera que el ascenso al grado de Intendente Jefe de la Policía Nacional fue creado en fecha posterior a la del ingreso del demandante, razón por la cual debe ser ascendido a Subcomisario, por principio de favorabilidad y por aplicación de la norma más beneficiosa en derecho.

III. CONTESTACIÓN

El apoderado de la entidad demandada mediante escrito del **21 de febrero de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Mencionó que las pretensiones de la demanda carecen de fundamento jurídico, teniendo en cuenta que los funcionarios públicos que pertenecen a la Policía Nacional no cuentan con un derecho adquirido sino con meras expectativas, pues el legislador puede modificar los regímenes dentro de la Institución, sin que ello contravenga la Constitución y la Ley.

En ese sentido, llevó a cabo un recuento histórico normativo del “Nivel Ejecutivo”, partiendo del Decreto 41 de 1994, del cual fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-417 de 1994, entre otros, los artículos 18, 19 y 23, inciso segundo; así como la expresión “*o personal del nivel ejecutivo*” del artículo 17 del mismo.

Indicó que el Decreto 132 de 1995 “*por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional*” consolidó estructuralmente el escalafón del Nivel Ejecutivo y mantuvo las condiciones de aquellos alumnos que al entrar en vigencia el Decreto 41 de 1994, estaban adelantando curso de formación para Agentes o Cabos Segundos, permitiendo que fueran dados de alta en el grado de Patrulleros. Ello, bajo el entendido de que toda disposición legal surte sus efectos atribuyendo consecuencias normativas a aquellas situaciones de hecho que cumplan con: i) ser subsumibles en sus supuestos y ii) ocurran durante la vigencia de la Ley.

Señaló que el tiempo comprendido entre la declaratoria de inexecutable del mencionado decreto y la expedición del Decreto 132 de 1995, no se encontró cesante en materia normativa ya que los artículos transitorios 1° y 3° del mismo, señalaron que el personal del Nivel Ejecutivo que se encontraba incorporado a la Policía Nacional al momento de dicha declaración de inexecutable quedaría automáticamente incorporado a la carrera regulada por el nuevo decreto, en el mismo grado, con la misma antigüedad, sin que para ello fuere necesario ningún otro requisito y sin que se produzca solución de continuidad en la prestación del servicio. Del mismo modo, señaló que el personal de alumnos que se encontraran adelantado curso de formación al entrar éste en vigencia, ingresarían al Nivel Ejecutivo, en el grado de Patrullero, añadiendo que la declaratoria de inexecutable mencionada no afecta las situaciones jurídicas previamente definidas y consolidadas.

En consideración a lo anterior, se dio aplicación al Decreto 1029 de 1994 en materia de asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo.

De igual forma, se refirió, al Decreto 1091 de 1995 *“por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional creado mediante Decreto 132 de 1995”* y al Decreto Ley 2070 de 2003 *“por medio de cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares”* el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-432 de 2004.

En el mismo sentido, aludió al Decreto 4433 de 2004 para concluir que éste fue declarado nulo por el H. Consejo de Estado, lo cual creó un vacío normativo que involucraba a todo el personal del Nivel Ejecutivo, pues al momento de su expedición no se efectuó distinción entre el personal que ingresó antes del 27 de junio de 1995, los que ingresaron siendo Suboficiales o Agentes antes de la entrada en vigencia de la norma demanda y aquellos que por incorporación directa lo hicieron con posterioridad a la mencionada fecha hasta el 31 de diciembre de 2004.

Estableció que respecto a quienes ingresaron al Nivel Ejecutivo, los elementos mínimos que debía observar el Gobierno Nacional al fijar el régimen de asignación de retiro era que *“a quienes se encontraran en servicio activo”*, a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, no se les podía exigir un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al 30 de diciembre de 2004, cuando el retiro sea por solicitud propia, ni inferior a 15 años, cuando el retiro se produzca por otra causal.

Finalmente, se refirió al fenómeno de la cosa juzgada constitucional en relación con el régimen de asignación de retiro del Nivel Ejecutivo.

De otra parte, propuso las siguientes excepciones:

i) **Actos administrativos ajustados a la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia:** Precisa que el acto administrativo demandado, fue expedido por la autoridad competente, atendiendo a los principios procesales de existencia, validez y eficacia procesal que debe tener toda decisión emanada de la Administración, tal como lo sostuvo el H.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección “C”- Consejero Ponente: Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa en sentencia del 8 de agosto de 2012, observándose las garantías constitucionales, legales y jurisprudenciales y, por ende, goza de presunción de legalidad y transparencia.

ii) **Inexistencia del derecho y la obligación reclamada:** Aduce que es inexistente lo reclamado por el demandante, toda vez que los requisitos para el ascenso son taxativos en la Ley, esto es, el tiempo de servicio, aprobar el curso de ascenso, así como los exámenes de conocimiento y médicos, que permitan establecer la aptitud en el servicio que requieren los funcionarios de las entidades de seguridad del Estado, por lo que la parte actora debía demostrar la supuesta falsa motivación en la que incurrió el acto demandado, el cual goza de presunción de legalidad, al haber sido expedido por el funcionario competente, atendiendo los postulados normativos, constitucionales y jurisprudenciales.

Afirma que el demandante no tenía consolidado su derecho, pues no cumplía los requisitos de la normatividad vigente para haber sido ascendido a subcomisario, ni mucho menos para ser pensionado o asignado a ese grado.

iii) **Imposibilidad de condena en costas:** Manifiesta que de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A., no es procedente la condenas en costas, por cuanto la entidad que representa ha actuado de forma diligente y oportuna en aplicación a los principios constitucionales y legales de buena fe, lealtad, celeridad, economía procesal y transparencia.

iv) **Genérica o innominada:** Solicita que se declaren las excepciones que resulten probadas dentro del proceso.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

La apoderada del actor mediante escrito del **1 de junio de 2021**, allegado vía correo electrónico, reiteró los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, señalando que no es viable aplicar un grado a mitad de carrera a los policiales que se encuentran cobijados por un régimen anterior, pues si ello fuere así, se aceptaría la creación de muchos grados más, sin ningún régimen de transición.

Argumentó que lo anterior significaría que el Legislador dispusiera otras jerarquías entre los grados ya existentes, vulnerándose el principio de buena fe, de quienes ingresaron con unas categorías definidas en la Ley; lo que en el caso del demandante lo desfavoreció, por cuanto le corrieron sus grados, para ascender al máximo.

En ese sentido, solicita que se concedan las pretensiones de la demanda, bajo los principios laborales que se deducen del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia y del artículo 103 de la Ley 1407 de 2011, como del principio de favorabilidad, debido a que las nuevas normatividades aún conservan el grado de Subcomisario, lo cual permite que pueda aplicarse la misma norma, para ascender a éste, sin pasar por el de Intendente Jefe.

4.2. Parte demandada

El apoderado de la parte demandada, dentro de la oportunidad no presentó alegatos de conclusión.

4.3. Agente del Ministerio Público

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1 DECISIÓN DE EXCEPCIONES

Frente a las excepciones de **actos administrativos ajustados a la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia e inexistencia del derecho**

y la obligación reclamada este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

Respecto 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.

Frente a la excepción **genérica o innominada**, no se encontraron excepciones que deban ser declaradas de oficio en este momento procesal.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO

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

5.2.1. Resolución No. 01231 del 29 de marzo de 2019, expedida por el Director General de la Policía Nacional, mediante la cual se ascendió a un personal del nivel ejecutivo, entre ellos, al actor al grado de “Intendente Jefe”, la cual fue publicada en el micrositio de la entidad el 5 de abril del mismo año.

5.2.2. Hoja de vida del señor Rubén Darío Amaya Garzón.

5.2.3. Orden Administrativa de Personal No. 1-039 del 24 de febrero de 2017.

5.2.4. Copia del Extracto salarial del demandante correspondiente a junio de 2019.

5.2.3. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 20 de septiembre de 2019, en la Procuraduría 138 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO

Como se señaló en la providencia proferida el 18 de marzo de 2021, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si el señor Rubén Darío Amaya Garzón tiene o no derecho a que la entidad demandada lo ascienda al grado de Subcomisario y no al de Intendente Jefe, grado al que fue promovido por medio de la Resolución No. 01231 del 29 de marzo de 2019.

5.4. CASO CONCRETO

En el caso que nos ocupa el señor Rubén Darío Amaya Garzón deprecia la nulidad parcial del acto administrativo mediante el cual fue ascendido a Intendente Jefe y, en su defecto, se ordene al Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional promoverlo al grado de Subcomisario y que en consecuencia se le cancelen, a manera de resarcimiento, los dineros propios del grado que le corresponde, por la no aplicación de la norma que presuntamente le beneficia.

Ahora bien, en la hoja de servicios del demandante, expedida por el Teniente Andrés Jota Gil Echeverri, de la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional, consta la siguiente información:

INFORMACIÓN INSTITUCIONAL				
ASCENSOS				
GRADO	TIPO DISPOSICIÓN	NÚMERO DISPOSICIÓN	FECHA FISCAL	
CARABINERO	RESOLUCIÓN	02296	1-08-1997	
SUBINTENDENTE	RESOLUCIÓN	03170	01-09-2001	
INTENDENTE	RESOLUCIÓN	01012	31-03-2012	

INTENDENTE	RESOLUCION	01231	31-03-2019	
JEFE				

De lo anterior, se desprende que el señor Rubén Darío Amaya Garzón ingresó al **Nivel Ejecutivo** en el grado de Carabinero desde el 1 de agosto de 1997 y en ese sentido, se encontraba cobijado por las previsiones del Decreto 132 de 1995, “*por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel ejecutivo de la Policía nacional*”, el cual consagraba, en su artículo 3° la siguiente jerarquía:

“Artículo 3°. 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**” (Negrilla fuera del texto original).

En ese sentido, se advierte que para la fecha de vinculación del demandante, en el nivel ejecutivo existían los grados de **patrullero, subintendente, intendente, subcomisario y comisario**, que a su vez correspondían a los contemplados en el artículo 3° del Decreto 41 de 1994, por medio del cual se modificaron las normas de carrera del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, así:

“ARTICULO 3°. Jerarquía. La jerarquía de los oficiales, suboficiales y 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:

- (...) 3. NIVEL EJECUTIVO
- a) Comisario
 - b) Subcomisario
 - c) Intendente
 - d) Subintendente
 - e) Patrullero, Carabinero, Investigador según su especialidad”

Ahora bien, con posterioridad el Congreso expidió la Ley 578 de 2000, por medio de la cual se otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir normas relacionadas con las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, así:

“Artículo 1. *De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de seis (6) meses, contados a partir de la promulgación de la presente ley, para expedir las normas de carrera, los reglamentos de régimen disciplinario y de evaluación de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; el reglamento de aptitud psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional así como el reglamento de disciplina y ética para la Policía Nacional, el reglamento de evaluación y clasificación para el personal de la Policía Nacional, las normas de carrera del personal de oficial y suboficiales de la Policía Nacional, **las normas de carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional**, los estatutos del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional; la estructura del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.*

Artículo 2. *En desarrollo de las facultades extraordinarias contempladas en el artículo anterior el Presidente de la República podrá derogar, modificar o adicionar entre otros los siguientes decretos: 1211/90, 85/89, 1253/88, 94/89, 2584/93, 575/95, 354/94, 572/95, 1214/90, 41/94, 574/95, 262/94, 132/95, 352/97, 353/94 y las demás normas relacionadas con la materia.” (Nequilla fuera del texto).*

Como puede verse, a través de dicha Ley el Congreso no sólo señaló las materias sobre las cuales trasladaba temporalmente su competencia legislativa al Presidente de la República, entre otras, las normas de carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, sino indicó cuáles eran los decretos - con fuerza de ley- que podía modificar, encontrándose contemplados el **041 de 1994 y 132 de 1995**, anteriormente citados.

Sobre el particular, se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-1493 de 2000, Magistrado Ponente: Doctor Carlos Gaviria Diaz, al declarar inexecutable las expresiones "y se dictan otras

disposiciones"; "entre otros"; "y las demás normas relacionadas con la materia", contenidas en dichos artículos y al respecto, expresó:

*"La finalidad del requisito de precisión en la descripción de las materias o asuntos materia de facultades, **es evitar posibles abusos o excesos en su ejercicio** y, por ende, crear inseguridad jurídica, pues si el Congreso no fija límites al concederlas éstas pueden ser utilizadas en forma arbitraria y desbordada, lo que como ya se ha anotado, repercute dañinamente en las normas así adoptadas. Las expresiones "entre otros" y "y las demás normas relacionadas con la materia" serán declaradas inconstitucionales por cuanto convierten las atribuciones dadas en vagas e imprecisas, lesionando de esta manera el artículo 150-10 de la Carta. **Los decretos que el Presidente de la República podía modificar, adicionar o derogar, de conformidad con el artículo 2 acusado, no son otros que los expresamente enumerados en tal disposición.** "*

En ese sentido, el Presidente de la República profirió el Decreto 1791 de 2000, "por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional", el cual estableció en su artículo 5° la jerarquía del nivel ejecutivo, como a continuación se transcribe:

"Artículo 5°. Jerarquía. *La jerarquía de los Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes 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 decreto, comprende los siguientes grados:*

(...)

2. Nivel Ejecutivo

a) Comisario

b) Subcomisario

*c) **Intendente Jefe***

d) Intendente

e) Subintendente

f) Patrullero

(...)"

Por su parte, en el artículo 95 de dicho Estatuto, se señaló:

"ARTICULO 95. VIGENCIA. *El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga los **Decretos 041 de 1994**, con excepción de lo dispuesto en el artículo 115, relacionado con los*

*Títulos IV, VI y IX y los artículos 204, 205, 206, 210, 211, 213, 214, 215, 220, 221 y 227 del Decreto 1212 de 1990; 262 de 1994 con excepción de lo dispuesto en el artículo 47, relacionado con los Títulos III, IV y VII y los artículos 162, 163, 164, 168, 169, 171, 172, 173 y 174 del Decreto 1213 de 1990; **132**, 573 y 574 **de 1995** y demás normas que le sean contrarias.”.*

Así las cosas, dicha disposición incluyó en el nivel ejecutivo el grado de **Intendente Jefe** entre los grados de intendente y Subcomisario, derogándose entre otros, los Decretos 041 de 1994 y 132 de 1995, que no lo contemplaban, los cuales se encontraban taxativos en el artículo 2° de la Ley 578 de 2000, susceptibles de dicha derogatoria y, en tal virtud, la modificación de la jerarquía del aludido nivel no está en contravía de los preceptos superiores.

En consecuencia, si bien para el 1° de agosto de 1997, fecha en que el actor ingresó al nivel ejecutivo, en la jerarquía de grados señalada en el Decreto 132 de 1995, se ascendía directamente de intendente a subcomisario, lo cierto es que antes de su derogatoria por el Decreto 1791 de 2000, el señor Rubén Darío Amaya Garzón no tenía el derecho adquirido de ser promovido a dicho grado; por el contrario, para esa fecha apenas llevaba tres años en la Institución, sin que cumpliera con el mínimo de requisitos para ascender a subintendente, grado siguiente al de Carabinero que ostentaba para el momento del ingreso.

En ese sentido, el actor no puede pretender la aplicación del Decreto 132 de 1995, que permitía ascender del grado de Intendente a Subcomisario, sin ser promovido al de Intendente Jefe, como en efecto ocurrió a través de la Resolución No. 01231 del 29 de marzo de 2019, pues alcanzó esta última jerarquía, 20 años después de la derogatoria del mismo, por el Decreto 1791 de 2000.

Por lo anterior, no comparte el Despacho los argumentos expresados por la apoderada del señor Rubén Darío Amaya Garzón en el sentido que la Resolución No. 01231 del 29 de marzo de 2019, por medio de la cual fue ascendido a la grado de Intendente Jefe, fue expedida con infracción de las normas en que debían fundarse y falsa motivación, pues en la misma se consignó que dicha decisión se fundamentó en

los artículos 20, 21 parágrafos 4, 28 y 29 del Decreto 1791 de 2000 y en las Leyes 1168 de 2007 y 1792 de 2016, **que se encuentran vigentes** y regulan las condiciones para promover el personal del nivel ejecutivo y suboficiales de la Policía Nacional al grado inmediatamente superior.

Así las cosas, los cuestionamientos efectuados por el demandante desconocen las normas aplicables a su caso, entendiendo de manera equivocada que por el simple hecho de haber ingresado al Nivel Ejecutivo bajo las previsiones de la Ley 132 de 1995, la misma debía mantenerse vigente en el tiempo hasta que alcanzara el máximo grado de la jerarquía de dicho nivel.

Ahora bien, el apoderado del actor señala que se le vulneró el derecho a la igualdad y fue discriminado, en razón a que en el Ejército Nacional se creó el grado de Cabo de Tercero para quienes iniciaran la carrera de suboficiales, sin que se afectara al personal que ya venía vinculado y en las Leyes No. 1405 de 2010 y 1792 de 2016, se señaló que para preservar el escalafón militar y policial y mantener la continuidad de ascensos anuales y establecer la transición a la nueva jerarquía de los Oficiales Generales y de insignia, en servicio activo, el Gobierno Nacional debía establecer las equivalencias en tiempo a que había lugar y causar los ascensos correspondientes y los Oficiales que ostentaran el grado de Teniente General de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, serían homologados al grado de general, *respectivamente*.

Al efecto, el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B”, en la sentencia acumulada proferida el 25 de noviembre de 2019, dentro de los expedientes Nos. 110010325000201400186-00 (0444-2014) y 110010325000201401554-00 (5008-2014)¹, Magistrada Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra, refirió:

*“98. Es así como para el caso objeto de estudio, el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional fue creado por la Ley 180 de 1995[133] como un nuevo nivel en la institución, **diferente al de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, con un sistema de ingreso y ascenso**, así como unas funciones, responsabilidades y régimen salarial y*

prestacional **propios**; a diferencia del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que, a la fecha de creación de este nuevo nivel, se regían por el Decreto 1212 de 1990,[134] posteriormente derogado por el Decreto 41 de 1994.[135] 99. ...

(...)

100. De lo expuesto, se concluye que en esta oportunidad no se cumple con el primer presupuesto del test de igualdad, esto es, que los **supuestos de hecho sean susceptibles de compararse**. Por lo tanto, ante regímenes tan disímiles no es procedente continuar con el estudio de las demás etapas del mencionado test, ya que para la prosperidad de un juicio de igualdad se **precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y funcionalmente sean equiparables, a fin de establecer «qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo divergente que exige, por consiguiente, un trato diferenciado»** [136] y, en tal medida, este tercer cargo no prospera” (negrita fuera del texto original). ”.

Bajo el criterio jurisprudencial expuesto es claro que los miembros del Nivel Ejecutivo y los Oficiales y Suboficiales tanto de la Policía Nacional como del Ejército Nacional tienen un sistema de ingreso y ascenso diferentes, con regímenes especiales aplicables a cada uno y, en tal virtud, no puede atribuirse un trato distinto a sujetos semejantes, como lo pretende la apoderada del actor.

Así las cosas, ha de concluirse que el acto administrativo contenido en la Resolución No. 01231 del 29 de marzo de 2019, fue proferido con fundamento en las normas vigentes y aplicables, en ejercicio de claras facultades legales y al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que lo ampara, las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, debiendo en consecuencia ser denegadas.

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 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,

VI. RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las súplicas de la demanda conforme con lo expuesto en la parte motiva de 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 a la parte actora excepto los ya causados, a petición del mismo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 017 hoy 29 de junio de 2021 a la hora de las 8.00 A.M.  LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

Firmado Por:

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ

JUEZ

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

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

Código de verificación:

**ce4ede0de3681d0b6276e6d8807883c7b3aac98db2074bacd7f4d10b5e9
6c848**

Documento generado en 28/06/2021 10:27:51 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., veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-2019-00408-00
Demandante: YEIMY ALEXANDRA MORENO SOSTE
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **YEIMY ALEXANDRA MORENO SOSTE**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.790.988, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

(i) Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 1 de febrero de 2019, frente a la petición elevada el 1 de noviembre de 2018, por medio de la cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la ley 1071 de 2006.

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

(ii) Reconocer, liquidar y pagar a favor de la actora la sanción moratoria por no haber cancelado a tiempo el valor de las cesantías asignadas en la Resolución No. 3490 del 5 de mayo de 2017, desde el 22 de mayo de 2017 hasta el 2 de agosto del mismo año, fecha en la que se le efectuó el pago.

(iii) Reconocer liquidar y pagar la indexación de las sumas solicitadas en el numeral anterior, desde la fecha de pago de las cesantías y hasta la cancelación efectiva de la sanción moratoria.

iv) Reconocer liquidar y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, de conformidad con el artículo 192 del C.P.A.C.A.

v) Dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en los artículos 189 y 192 del C.P.A.C.A.

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

1.2. HECHOS

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

1.2.1. Que solicitó el 22 de febrero de 2017, ante la entidad demandada, el reconocimiento y pago de las cesantías a que legalmente tiene derecho.

1.2.2. Que mediante la Resolución No. 3490 del 5 de mayo de 2017, se le reconoció y ordenó el pago de la prestación solicitada, la cual fue debidamente notificada y se encuentra ejecutoriada, siendo cancelada el 2 de agosto del mismo año.

1.2.3. Que de conformidad con los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, la entidad tiene un término legal para resolver la petición de cesantías, por lo tanto, tal como se acredita en el libelo demandatorio, el valor correspondiente se canceló de forma extemporánea, generándose así la mora.

1.2.4. Que el 1 de noviembre de 2018, radicó ante la entidad demandada un derecho de petición, tendiente a obtener el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria, establecida en el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006; sin embargo en el término otorgado por la Ley para resolverlo, ésta guardó silencio.

II NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 25 y 53 Constitucionales, 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Sostiene que la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual fue creado mediante la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación y está representada por el Ministerio de Educación Nacional.

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, estableció un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, esto es, 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para efectuarse el pago al servidor después de expedido el acto administrativo de reconocimiento; sin embargo, pese a que la jurisprudencia ha establecido que en los eventos en que la Administración no se pronuncie o lo haga tardíamente frente a dicha petición, no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso.

Agrega que la entidad demandada vulneró la Ley 1071 de 2006, toda vez que la actora solicitó el pago de sus cesantías, las cuales le fueron reconocidas mediante la Resolución No. 3490 del 5 de mayo de 2017, es decir, después de los 15 días otorgados por la Ley y las mismas fueron

canceladas con posterioridad a los 45 días hábiles establecidos en la norma para el efecto, incurriendo en la mora deprecada.

III. CONTESTACION

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

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

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

IV. ALEGATOS

4.1 Parte demandante

El apoderado de la parte actora mediante escrito allegado el **1 de junio de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que el reconocimiento de la sanción por moratoria por el pago tardío de las cesantías es un asunto de puro de derecho, de

conformidad con la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

En ese sentido, solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda y se ordene reconocer y pagar a la actora la sanción moratoria de que trata el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, por el pago tardío de las cesantías reconocidas mediante la Resolución No. 3490 del 5 de mayo de 2017, desde el 22 de mayo de 2017 hasta el 2 de agosto del mismo año.

4.2 Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211181200611 del 30 de mayo de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico el 31 del mismo mes y año señaló que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en **49** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

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

De otra parte, manifiesta la imposibilidad que la entidad que representa sea condenada en costas, pues afirma que conforme al artículo 365 del

Código General del Proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede, máxime cuando los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente.

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

4.3. Ministerio Público.

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

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:

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

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

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.2.1. Resolución No. 3490 del 5 de mayo de 2017, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 22 de febrero de 2017.

5.2.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2018-167803 del 1 de noviembre de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías.

5.2.3. Desprendible de pago expedido por el Banco BBVA en el que consta que las cesantías parciales de la actora fueron canceladas el 27 de julio de 2017.

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

5.2.5. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 10 de julio de 2019, en la Procuraduría 6 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en la providencia proferida el **18 de marzo de 2021**, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el 1 de noviembre de 2018 ii) si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamada por la actora.

5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado de la parte actora deprecia la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la Administración frente a la petición formulada por la demandante 1 de noviembre de 2018, mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 1 de noviembre de 2018, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a cuyo tenor:

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

(...)”.

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

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

Así, el artículo 1º consagra que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución*

correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley”.

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

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

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

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

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

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

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

5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

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

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

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

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.

pueden reclamarla.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.5. CASO CONCRETO.

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

5.5.1. Categoría de servidor público de la actora.

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

*carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.”*

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

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora Yeimy Alexandra Moreno Soste ostenta la calidad de docente de la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación Distrital – Sistema General de Participaciones IED SALUDCOOP SUR, calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.5.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

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

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 3490 del 5 de mayo de 2017, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **22 de febrero de 2017**, razón por la cual, la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es hasta el **15 de marzo de 2017**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **5 de mayo de 2017**, sea decir, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles desde el **23 de febrero 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 **7 de junio de 2017**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **27 de julio de 2017**, como consta en el certificado expedido por la Fiduciaria la Previsora S.A. , incurriéndose en mora desde el **7 de junio de 2017 hasta el 26 de julio del mismo año**.

5.5.3. Salario base de liquidación.

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

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

Por su parte, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las cesantías definitivas, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en la que finalizó la relación laboral, por cuanto

al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas.

Al respecto, siguiendo la línea jurisprudencial que fundamenta la presente decisión, como en el caso que nos ocupa se trata de la sanción originada en el incumplimiento de la entidad demandada respecto de una cesantía **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 (**7 de junio al 26 de julio de 2017**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de junio y julio de 2017.

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)”.

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

“(...) ”

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

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

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.

valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia -art. 187 –y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

(...)”.

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

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

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la actora el 1 de noviembre de 2018, al encontrarse incurso en causal de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **7 de junio y el 26 de julio de 2017**.

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

5.6. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*³; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*⁴; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁵.

De conformidad con la normatividad en mención, la demandante, contaba con tres años para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de su cesantía parcial, término que inició a correr 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 **7 de junio de 2017** y la señora Yeimy Alexandra Moreno Soste formuló reclamación administrativa el **1 de noviembre de 2018**, en tanto la demanda se presentó el **4 de octubre de 2019**, de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.7. COSTAS

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio

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

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

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

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.

no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

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

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta, respecto de la petición elevada el **1 de noviembre de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2018-167803.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el No. E-2018-167803 **del 1 de noviembre de 2018**, a través de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías parciales.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **YEIMY ALEXANDRA MORENO SOSTE**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.790.988, 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 **7 de junio de 2017 y el 26 de julio de 2017**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

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

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **28 de julio de 2017 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin costas a cargo de la parte demandada.

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

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

Firmado Por:

GLORIA

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO 017 de hoy 29 de junio de 2021 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

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:

**79452f342258556386e4fd91253a822fcfd34ace2de0fe86e02b0e02e4b6a6f
f**

Documento generado en 25/06/2021 04:21:18 p. m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

REFERENCIAS:

Proceso: 110013335-018-2019-00426-00
Demandante: **HUGO ESPINOSA LIEVANO**
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO.
Asunto: SENTENCIA

El señor **HUGO ESPINOSA LIEVANO**, identificado con la cédula de ciudadanía No.3.266.554, 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 existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto en relación a la petición elevada el 6 de marzo de 2019, radicada ante la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual solicitó la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de las mesadas adicionales de junio y/o diciembre.

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

(ii) Reintegrar todos los descuentos de 12% realizados con destino a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre descontados desde la adquisición del status jurídico de pensionado y suspender los referidos descuentos.

(iii) Pagar al actor de forma indexada el valor de las diferencias adeudadas desde la fecha de status jurídico, aplicando para el efecto, la variación del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

(iv) Dar cumplimiento a la sentencia, de acuerdo a lo establecido en los artículo 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, e igualmente se le reconozcan los intereses a partir de la ejecutoria de la misma.

(v) Al pago de intereses moratorios a la tasa comercial, si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 195 numeral 4° de la Ley 1437 de 2011.

(vi) Condenar en costas y gastos del proceso 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 prestó sus servicios como docente y a través de la Resolución No. 3947 del 5 de agosto de 2002, se le reconoció pensión de jubilación, efectiva a partir del 21 de agosto de 2001.

1.2.2. Que la Fiduciaria la Previsora S.A., obrando en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación de Bogotá, asumió el descuento y pago de las deducciones en salud, correspondiente al 12% sobre las mesadas pensionales, sin embargo, desde el nacimiento del derecho e inclusión en

nómina del actor, ésta entidad ha venido descontando injusta e ilegalmente el 12% para salud sobre las mesadas de junio y diciembre, las cuales son denominadas mesadas adicionales.

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

1.2.4. Que mediante derecho de petición del 6 de marzo de 2019, se solicitó ante la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reintegro y suspensión de los descuentos en salud efectuados sobre las mesadas adicionales.

1.2.5. Que dicha petición fue remitida a la Fiduciaria la Previsora S.A. a través del oficio No. S-2019-50537 del 12 de marzo de 2019, sin que a la fecha de presentación de la demanda se haya resuelto de fondo lo deprecado.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La apoderada del demandante estima desconocidos los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48 inciso final, 49 en especial, 53 inciso 3 y 58 de la Constitución Política, artículo 10 del Código Civil, la Ley 4ª de 1966 y su Decreto Reglamentario 1743 de la misma anualidad, Ley 6 de 1945, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1073 de 2003, las Leyes 91 de 1989, 812 de 2003 artículo 81, 1250 de 2008 y el Concepto No. 1064 del 16 de diciembre de 1997 del Consejo de Estado.

Señala que la Ley 812 de 2003, derogó tácitamente el descuento para salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre al remitir la cotización de los docentes oficiales a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, normativa que no contempla dichos descuentos, razón por la cual la entidad demandada está realizando un doble deducción que no se encuentra autorizada, quebrantando los mandatos constitucionales.

Afirmó que el Decreto 1073 de 2002, establece una clara prohibición de hacer descuentos en las mesadas adicionales, señalando que los mismos se deben efectuar sólo sobre las 12 mesadas ordinarias, exceptuando de manera expresa de dichos descuentos a las mesadas adicionales de junio y diciembre.

III. CONTESTACIÓN

Mediante escrito del **4 de marzo de 2020**, la apoderada judicial del Ministerio de Educación Nacional, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso la excepción de **“LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO – INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA”** en la que señaló que los descuentos para los aportes al régimen contributivo de salud, tienen su respaldo jurídico en el numeral 5° del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, donde se consagró el deber del fondo de deducir el 5% de las mesadas, incluidas las adicionales.

Precisó que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, estableció que la tasa de cotización para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la señalada en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, normas que establecen que el aporte del pensionado es el 12% sobre el valor de la mesada, aspecto sobre el cual la Corte Constitucional se pronunció mediante la sentencia C-369 de 2004, declarándola exequible.

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

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

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

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

La apoderada de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **4 de junio de 2020**, reiteró los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, efecto para el cual, citó jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la cual en casos similares al que ocupa la atención del Despacho, se ha accedido a las pretensiones de la demanda.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211181200601 del 30 de mayo de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico el 31 del mismo mes y año señaló que a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio les fue incrementado el monto de cotización al sistema de salud sobre la mesada pensional, del 5% inicialmente contemplado en la Ley 91 de 1989, al 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, posteriormente con las modificaciones introducidas por la Ley 1122 de 2007 en 12.5% y finalmente, en virtud de la Ley 1250 de 2008 en el 12%.

En ese sentido, manifiesta que solo en lo que respecta al porcentaje de cotización, los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de

1993, sin embargo, ello no quiere decir que se altere su régimen prestacional, ya que por pertenecer a un régimen especial, se encuentran exceptuados del general.

Igualmente, manifestó que la Ley 91 de 1989 es una disposición especial que gobierna a todos los docentes afiliados al FOMAG y que hace parte de un ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo que es legítimo que se realicen descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo de pensionados.

Afirmó que si bien, las disposiciones del sistema general sobre las mesadas adicionales no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas, la Ley 91 de 1989 “norma especial y posterior” si lo permite de manera expresa en el numeral 5° del artículo 8, de lo que se evidencia que no es viable acceder a las pretensiones propuestas por el aquí demandante, toda vez que carecen de fundamento normativo, bajo los preceptos legales y jurisprudenciales que rigen la materia.

En ese orden de ideas, solicita al Despacho denegar las pretensiones de la demanda, bajo el entendido que no le asiste derecho a la parte demandante y no se logró demostrar dentro del proceso que el acto administrativo acusado se encuentre inmerso en causal alguna de nulidad.

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 la excepción de “**LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO – INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA**”, el Despacho considera que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero en ninguna manera constituye excepción de mérito alguna que impida al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

1. Resolución No. 003947 del 5 de agosto de 2002, mediante la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidó la pensión de jubilación reconocida al actor a través de la Resolución No. 00251 del 27 de enero de 2000, a partir del 6 de junio de 1999.
2. Derecho de petición elevado ante la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio radicada bajo el No. E-2019-45251 del 6 de marzo de 2019, por medio de la cual el actor solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos efectuados para salud sobre las mesadas adicionales de cada año, e igualmente se le suspendan los mismos.
3. Oficio No. S-2019-50537 del 12 de marzo de 2019, a través del cual la Secretaría de Educación de Bogotá informó a la apoderada del actor que la aludida petición era competencia de la Fiduciaria la Previsora S.A. siendo remitida a dicha entidad bajo el radicado No. S-2019-50515 del 12 de marzo de 2019.
4. Extracto de pagos de pensión y descuentos en salud realizados al actor en el periodo comprendido entre el 30 de noviembre de 2014 al 30 de abril de 2017, en el que consta que efectivamente se le han realizado los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.
5. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Hugo Espinosa Liévano

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó en la providencia del **18 de marzo de 2021**, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en establecer: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por el demandante el 6 de marzo de 2019, ii) si las mesadas pensionales reconocidas a favor del actor en calidad de pensionado del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en los meses de junio y diciembre, son susceptibles de descuento de aporte al régimen contributivo de seguridad social en salud y iii) si procede o no su devolución y si se debe ordenar la suspensión de tales descuentos a partir de la ejecutoria de la sentencia.

5.3.1 DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

La apoderada de la parte actora deprecia la existencia y nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la Administración frente a la petición elevada por el actor ante la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el 6 de marzo de 2019, mediante la cual solicitó la devolución y suspensión de los descuentos del aporte para salud sobre las mesadas adicionales de cada año.

Sobre el particular, es evidente que en el caso del demandante, se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la citada entidad haya resuelto la petición descrita anteriormente, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

Lo anterior, por cuanto mediante el Oficio No. S-2019-50537 del 12 de marzo de 2019, la Secretaría de Educación de Bogotá informó a la apoderada del actor que la aludida petición era competencia de la Fiduciaria la

Previsora S.A. siendo remitida a dicha entidad bajo el radicado No. S-2019-50515 del 12 de marzo de 2019.

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

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

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

Respecto a la cotización al régimen prestacional en salud de los docentes oficiales, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 *“Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”* dispuso que **“El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003”**, de donde se colige que la tasa de cotización en salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no es otra que la prevista en el artículo 204 de la ley 100 de 1993, esto es, el 12%, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008, tal como lo reconoció la Corte Constitucional en sentencia C-369 de 2004¹, en los siguientes términos:

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

“(...)

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

5.3.3. MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE

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

En relación con los descuentos sobre dicha mesada, el artículo 7° de la Ley 42 de 1982 “*Por la cual se determinan los Grados de las Organizaciones Gremiales de los Pensionados y se dictan otras disposiciones*” señaló que “*la mensualidad adicional de que trata el artículo [5°](#) de la Ley 4ª de 1976 **no será objeto de descuento alguno**, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones*”

A su turno, la Ley 43 de 1984 “*Por la cual se clasifican las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del Poder Público y se dictan otras disposiciones*”, en su artículo 5° dispuso que “*A los pensionados a que se refiere la presente ley, **no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del decreto 1848 de***

1969; *tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional”*

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

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

Ahora bien, el Decreto 1073 de 2002, por medio del cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regulan algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales, previó en el parágrafo del artículo 1°, que de conformidad con los artículos 50 y 142 de la ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.

De acuerdo con la normativa señalada, es claro que dentro del régimen general de pensiones, las mesadas de junio y diciembre no pueden ser tomadas como base para descontar el 12% de aporte en salud, por expresa prohibición prevista en los artículos 7 de la Ley 42 de 1982, 5° de la Ley 43 de 1984 y parágrafo del artículo 1° del Decreto 1073 de 2002.

En ese sentido, si el régimen de cotización en salud para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quedó cobijado por el régimen general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y si para dicho régimen general aplica la prohibición de realizar descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, dicha prohibición igualmente aplica a los pensionados vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bien por considerarse que ha operado la derogatoria tácita del artículo 8° numeral 5 de la ley 91 de 1989, como lo ha sostenido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, entre otras, en providencia del 31 de enero

de 2013 (expediente 2011-00381-01 M.P. Carmelo Perdomo Cueter) o bien, en aplicación del principio constitucional de igualdad consagrado en el artículo 13 de nuestra Carta política.

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

“(…)

En efecto, la Corte ha admitido la existencia de diferentes regimenes pensionales, legales y convencionales, a través de los cuales es posible acceder al derecho a la pensión. No obstante lo anterior, para esta Corporación es claro, que la Constitución Política no establece, por ninguna causa, ningún trato diferenciado al interior del universo conformado por los pensionados en razón a las garantías mínimas que a ellos les asisten.

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

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

(...)”

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

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

5.4. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció la pensión de jubilación al señor HUGO ESPINOSA LIEVANO, según consta en la Resolución No. 00251 del 27 de enero de 2000, la cual fue reliquidada a través de la Resolución No. 003947 del 5 de agosto de 2002.

Obra así mismo, la petición elevada por el actor ante la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 6 de marzo de 2019, bajo el radicado No. E-2019-45251, por medio de la cual solicitó a dicha entidad que se suspendieran y reintegraran los descuentos en salud efectuados en las mesadas adicionales de cada año.

Igualmente, se acompañaron al proceso los comprobantes de pago de pensión y descuentos en salud realizados al demandante en los meses de junio y diciembre desde el **30 de noviembre de 2014 al 30 de abril de 2017**, donde consta que efectivamente se le han efectuado los descuentos en salud sobre la mesadas adicionales de los meses en mención.

Así las cosas, el Despacho ordenará a la entidad demandada que, previa la revisión particular y concreta de los pagos de las mesadas adicionales reconocidas al actor, realice el reintegro de las sumas descontadas por concepto de salud de las mesadas adicionales de **junio y diciembre** y que

se suspenda dicho descuento en las mesadas adicionales que se causen con posterioridad a la expedición de la sentencia aquí proferida.

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

5.5. PRESCRIPCIÓN.

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

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

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

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

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

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

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación

debidamente determinado interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

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

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

De los hechos demostrados en el proceso se establece que al demandante se le reconoció la pensión el 27 de enero de 2000, efectiva a partir del 21 de agosto de 2001, la cual fue reliquidada el 5 de agosto de 2002 y presentó reclamación administrativa a través del escrito radicado ante la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el **6 de marzo de 2019** de lo que se desprende que los descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre realizados con antelación al **6 de marzo de 2016**, se encuentran prescritos y así habrá de declararse.

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,

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

VI. RESUELVE

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta, respecto de la petición con radicado **No. E-2019-45251 del 6 de marzo de 2019**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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 del **6 de marzo de 2019, bajo el radicado No. E-2019-45251**, a través de la cual el actor solicitó el reintegro y suspensión de las sumas descontadas en exceso por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

TERCERO: Declarar probada de oficio la excepción de prescripción de los descuentos en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre realizados con anterioridad al **6 de marzo de 2016**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a:

i) **REALIZAR** la devolución de los descuentos en salud efectuados al señor HUGO ESPINOSA LIEVANO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 3.266.554, en las mesadas pensionales de los meses de junio y diciembre, a partir del **6 de marzo de 2016** y en adelante, devolución que provendrá de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que administra la fiduciaria.

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

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

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es la suma adeudada al demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada descuento y así sucesivamente.

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

QUINTO: Sin costas a cargo del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO.

SEXTO: 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.

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

OCTAVO: 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.

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° 017 de hoy 29 de junio de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.


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: **eea7ce64ed206bc648c6651c619f39723d52d5c3b61e80de61ca71e58c95bd3c**
Documento generado en 28/06/2021 04:56:21 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., veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00435-00**
Demandante: MARÍA DEL CARMEN LANDAZURI AGUIRRE
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **MARÍA DEL CARMEN LANDAZURI AGUIRRE**, identificada con cédula de ciudadanía No. 27.124.392, 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

Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 30 de enero de 2019, frente a la petición elevada el 30 de octubre de 2018, por medio de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la ley 1071 de 2006, por el pago tardío de una cesantía parcial.

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

(i) Que se declare que la demandante tiene derecho a que la parte demandada le reconozca y pague la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que le hicieron efectivo el pago.

(ii) Se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro del presente proceso en el término de 30 días, en virtud de lo contemplado en el artículo 192 y siguientes del C.P.A.C.A.

(iii) Que se condene a la parte demandada a reconocer y pagar los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria, tomando como base la variación del Índice de Precios al Consumidor, desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.

(iv) Condenar a la parte demandada a reconocer y pagar los intereses moratorios, a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que efectuó el pago de la sanción moratoria reconocida en la sentencia.

(v) Condenar en costas al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A.

1.2. HECHOS

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

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

1.2.3. Por laborar como docente en los servicios educativos estatales, la actora le solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 05 de octubre de 2015, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Por medio de la Resolución No. 7629 del 22 de diciembre de 2015, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 08 de abril de 2016, por intermedio de entidad bancaria.

1.2.5. El artículo 4° de la Ley 1071 de 2006, estableció que dentro de los 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 y el artículo 5° ibídem, contempló que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, partir de la 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. La actora solicitó la cesantía el 05 de octubre de 2015, siendo el plazo para cancelarlas el día 20 de enero de 2016, pero se realizó el 08 de abril de 2016, por lo que trascurrieron 79 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelar la cesantía hasta el momento en que se efectuó el pago.

1.2.7. El 30 de octubre de 2018, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial con el objeto de llegar a acuerdos sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

Señala que 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.

Aduce 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, estableció un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor después de expedido el acto administrativo de reconocimiento; sin embargo, pese a que la jurisprudencia ha establecido que el reconocimiento y pago no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el Fondo Prestacional del Magisterio cancela por fuera de los términos establecidos la referida prestación, lo que genera una sanción para la entidad equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud.

Manifiesta que con la declaratoria de la Ley 1071 de 2006, se buscó que una vez el empleador quedara cesante en su empleo, éste pudiera tener unos recursos rápidos para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos o al momento que perdiera su trabajo, igualmente la protección de que el trabajador pudiera obtener su pago de la cesantía antes de los 65

días, después de radicada la solicitud, la cual fue ampliada a las cesantías parciales.

Así mismo, la referida Ley estableció los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía del actor, los cuales están siendo burlados 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.

III. CONTESTACIÓN

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

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

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

Por su parte, el apoderado de la actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **27 de enero de 2021**, describió el traslado de las referidas excepciones, en forma extemporánea, circunstancia que impide tener en cuenta el aludido escrito.

Lo anterior, por cuanto la fijación en lista de las excepciones presentadas por la parte demandada se realizó el 21 de enero de 2021, dejándolas en traslado a la contraparte por el término de tres días, razón por la cual, la parte demandante tenía hasta el **26 de enero del mismo año** para pronunciarse al respecto, actuación que se surtió hasta el 27 de enero de 2021, esto es, de forma extemporánea.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

La apoderada de la parte actora mediante escrito allegado el **31 de mayo de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiéndole que se encuentra acreditado dentro del proceso i) la calidad de docente de la demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías parciales, iii) el acto mediante el cual se reconoció a la actora la cesantía, 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.

En punto a la solicitud de indexación de la condena solicita la aplicación de la sentencia del 26 de agosto de 2019, desde el 08 de abril de 2016 hasta la fecha en que se cause la ejecutoria de la sentencia que profiera el Despacho y desde la ejecutoria de la sentencia hasta que la entidad responsable realice el pago se reconozcan los intereses legales.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211181241361 del 01 de junio de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico el día 03 del mismo mes y año, señaló que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en **78** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

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

De otra parte, reitera la imposibilidad 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. Agente del Ministerio Público.

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

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

En relación con la improcedencia de condena en costas, cabe advertir que no constituye un medio exceptivo, sino que es un aspecto inherente al ejercicio de la acción.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.2.1. Resolución No. 7629 del 22 de diciembre de 2015, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 05 de octubre de 2015 (fls. 18 a 20).

5.2.2. Certificación del 20 de febrero de 2019, expedida por la FIDUPREVISORA, en la que consta que las cesantías quedaron a disposición de la demandante el 08 de abril de 2016 (fl. 21).

5.2.3. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2018-165678 del 30 de octubre de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el que la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora (fls. 22 y 23).

5.2.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo en la Procuraduría 192 Judicial I para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida (fl. 24).

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el 30 de octubre de 2018, ii) si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamada por la actora.

5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

La apoderada de la parte actora depreca la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por la demandante el 30 de octubre de 2018, mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 30 de octubre de 2018, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

(...)."

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

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

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

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

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

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, *“Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”* estableció en su artículo 4°

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

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

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

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

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

5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.5. CASO CONCRETO.

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

5.5.1. Categoría de servidora pública de la actora.

Afirma la Sección Segunda del Consejo de Estado que "...los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los

*defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.”*

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

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora María del Carmen Landázuri Aguirre, ostenta la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación nacional –Situado fiscal, IED SAN FRANCISCO I-LA CASONA (fl. 18), calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.5.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

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

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

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 7629 del 22 de diciembre de 2015 (fl. 18) la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **05 de octubre de 2015**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **27 de octubre de 2015**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **22 de diciembre de 2015**, esto es, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles desde el **06 de octubre de 2015**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **20 de enero de 2016**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **08 de abril de 2016**, como consta en el oficio expedido por la FIDUPREVISORA S.A., obrante a folio 21 del expediente, incurriéndose en mora desde el **20 de enero de 2016 al 07 de abril de 2016**.

5.5.3. Salario base de liquidación.

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

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

Por su parte, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las cesantías definitivas, la asignación básica salarial tomada 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 (**20 de enero de 2016 al 07 de abril de 2016**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de enero a abril de 2016.

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

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

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

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

presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.

(...)

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

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

(...)”.

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

“(...)

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

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

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.

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

(...)”.

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

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **09 de abril de 2016** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la señora María del Carmen Landázuri Aguirre el 30 de octubre de 2018, al encontrarse incurso en causal de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **20 de enero de 2016 y el 07 de abril de 2016**.

El valor del salario es el vigente para los meses de enero a abril de 2016, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

5.6. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han

previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*³; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*⁴; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁵.

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

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía parcial, se hizo exigible a partir del **20 de enero de 2016** y la señora María del Carmen Landázuri Aguirre formuló reclamación administrativa el **30 de octubre de 2018** (fls. 22 a 23), en tanto la demanda se presentó el **25 de octubre de 2019** (fl. 26), de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.7. COSTAS

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

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

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

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

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.

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

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta respecto de la petición elevada el **30 de octubre de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2018-165678.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el No. **E-2018-165678 del 30 de octubre de 2018**, a través de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías parciales.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **MARÍA DEL CARMEN LANDÁZURI AGUIRRE**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 27.124.392, 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 **20 de enero de 2016 y el 07 de abril de 2016**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para los meses de enero a abril de 2016, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **09 de abril de 2016 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de

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

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

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

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

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

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

Notifíquese y Cúmplase

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 017 de hoy 29 de junio de 2021 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CANACHO Secretaria

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 2019-00435*

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:

f220b4a890c832c471d5578f6367f70e1228462d4c560e70ff642af253d0ee1b

Documento generado en 25/06/2021 03:42:14 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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



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

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

REFERENCIAS:

Proceso: 110013335018**2019000438**-00
Demandante: **WILSON ROBERTH RAMÍREZ GÓMEZ**
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL -EJÉRCITO NACIONAL- Y CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Asunto: SENTENCIA

El señor **WILSON ROBERTH RAMÍREZ GÓMEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 93.374.616 de Ibagué, 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 – EJÉRCITO NACIONAL y LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES

(i) Pretende el demandante que se declare la nulidad del oficio No. 20193170165051 del 30 de enero de 2019, mediante el cual la Dirección de Personal del Ejército Nacional le negó la reliquidación de la asignación básica, de conformidad con el IPC, de los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

(ii) Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se ordene al Ministerio de Defensa Nacional reliquidar desde el 1 de enero de 1997 y hasta la fecha de retiro de la

actividad militar, la asignación básica del señor Wilson Roberth Ramírez Gómez, teniendo como base el IPC para los años 1997, 1999, 2001, 2003 y 2004, junto con las primas legales y convencionales, las vacaciones, las cesantías y demás prestaciones sociales a las que haya lugar.

(iii) Ordenar al Ministerio de Defensa Nacional pagar al señor Wilson Roberth Ramírez Gómez la indemnización moratoria por la no consignación total de las cesantías al fondo correspondiente.

(iv) Ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reajustar la asignación de retiro reconocida al actor y pagar las diferencias causadas y no canceladas sobre todos los emolumentos devengados y le continúe cancelando dicha prestación, una vez se efectúe la reliquidación solicitada.

(v) Ordenar que la suma insoluta o dejada de pagar, se reajuste mes a mes por tratarse de prestaciones económicas periódicas.

(vi) Que el reconocimiento de los valores deprecados sean debidamente indexados, de conformidad con el IPC, según las reglas jurisprudenciales trazadas por el H. Consejo de Estado hasta el momento en que se efectúe el correspondiente pago.

(vii) Se reconozcan y paguen los intereses de mora liquidados a la tasa más alta y legalmente aplicable, de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

(viii) Condenar en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas, de conformidad con lo expresamente dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

(ix) Ordenar dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones el apoderado del actor alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que el demandante hizo parte de la Fuerzas Militares con anterioridad al año 1997 y desde el mismo año, hasta el 2004, el incremento salarial decretado por el Gobierno Nacional fue inferior al IPC.

1.2.2. Que para el cálculo del reajuste anual del salario de los trabajadores colombianos solo se tiene en cuenta el IPC, sin que pueda ser inferior a éste último; sin embargo, en el caso del demandante dicho reajuste fue por debajo del porcentaje correspondiente, dándosele un trato discriminatorio.

1.2.3. Que según la certificación de emolumentos expedida por la Dirección de Nómina del Ejército Nacional, los porcentajes utilizados para el reajuste salarial del actor en los años 1997, 1999, 2001, 2003 y 2004, fueron inferiores a los porcentajes del IPC certificados por el DANE para esos mismos años.

1.2.4. Que el demandante durante los años en los cuales se produjo un reajuste salarial inferior al IPC, sufrió la pérdida del poder adquisitivo de su salario.

1.2.5. Que en virtud del erróneo reajuste salarial decretado por el Gobierno Nacional en los referidos años, la asignación básica del actor se vio perjudicada desde el año 1997 hasta el momento de su retiro, pues la base para la cancelación de sus haberes siempre fue incorrecta.

1.2.6. Que el día 19 de diciembre de 2018, el actor radicó un derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, deprecando la liquidación de su asignación básica y demás emolumentos que tuvieran relación directa con la asignación de retiro.

1.2.7. Que Cremil mediante el oficio No. 0001760 del 25 de enero de 2019, dio traslado de dicha petición a la Dirección de Personal del Ejército Nacional, por competencia.

1.2.8. Que a través del Oficio No. 20193170165051 del 30 de enero de 2019, dicha Dirección negó la reliquidación solicitada, argumentando que

los aumentos salariales efectuados en la asignación básica del demandante siempre se efectuaron de acuerdo a lo decretado por el Gobierno Nacional.

II NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE SU VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos los artículos 2, 4, 13 46, 48 y 53 Constitucionales, el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, las Leyes 4^a de 1992, 100 de 1993, 238 de 1995, 279 de 1995 y 1437 de 2011, estructurando el concepto de la violación de la siguiente forma:

Señaló que en el caso bajo examen es prudente destacar que la noción de aumento salarial connota el incremento en el valor nominal de la remuneración, es decir, se trata del reajuste más el aumento en el salario (proporcional a la cantidad y calidad del trabajo), que es de carácter obligatorio por disposición Constitucional y Legal, lo que se traduce en la actualización a la remuneración, con el fin de que conserve su poder adquisitivo, lo que solo sucede teniendo en cuenta la inflación y otros fenómenos económicos que son medidos por el porcentaje del Índice de Precios al Consumidor.

Precisó que desde la sentencia C-710 de 1999, la Corte Constitucional sentó jurisprudencia respecto de reajuste salarial, el cual jamás puede ser inferior al porcentaje del IPC del año inmediatamente anterior, pues de lo contrario se vulneraría el artículo 53 Superior.

Afirmó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 y los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, las excepciones en la aplicación de las normas generales solo se utilizan cuando la norma especial resulta más favorable, pues de lo contrario ello implicaría que una prerrogativa conferida por una Ley para un grupo de personas se convirtiera en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados de manera universal.

Adujo que las asignaciones de retiro se asemejan a una pensión de vejez, por lo que tendrían que ser liquidadas conforme al IPC; no obstante, durante los años comprendidos entre 1997 y 2004, a excepción de 1998 y

2000, fueron reajustadas por debajo de dicho Índice, causándose un detrimento económico a los retirados de las Fuerzas Militares, pues se liquidaron conforme a los salarios del personal que se encontraba en actividad, tal como lo ordena el Decreto 1211 de 1990.

Anotó que el legislativo en la búsqueda de corregir el daño causado a las economías de los retirados por la devaluación de sus mesadas, promulgó la Ley 923 de 2004, mediante la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, quedando bajo el apremio de Ley, que todo reajuste se efectuaría conforme al IPC .

Precisó que por lo anterior, el Gobierno Nacional no puede fijar los reajustes salariales de los trabajadores a su cargo y desmejorar la condición económica de los mismos, siendo que al demandante no se le liquidó el salario, las primas, ni las prestaciones sociales conforme al Índice de Precios al Consumidor para los años comprendidos entre 1997 y 2004, omisión que perjudicó su economía de manera ostensible.

Concluyó que en el caso del demandante se evidencia la violación al derecho a la igualdad, pues la Ley 923 de 2004, obligó al Gobierno Nacional a fijar el reajuste de las asignaciones de retiro conforme al IPC, sin que se liquidara la asignación básica del personal en actividad para los años anteriormente mencionados.

III. CONTESTACION

3.1. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL -EJÉRCITO NACIONAL-

El apoderado del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional mediante escrito del **13 de julio de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las siguientes excepciones:

(i) Prescripción del reajuste solicitado: Propone dicho medio exceptivo respecto de los derechos salariales y prestacionales no reclamados dentro del término de Ley, siendo un modo de extinción de los derechos particulares, de conformidad con lo dispuesto en el 174 del Decreto 1211 de 1990, los cuales prescriben en 4 años, contados desde la fecha en que se hicieron exigibles.

(ii) Legalidad del acto definitivo demandado: Manifestó que de la normatividad que rige la materia se puede establecer que el acto administrativo demandado que se pretende sea declarado nulo, está soportado en las normas que para el caso fueron motivo de la decisión, pues el salario y las prestaciones del personal de las Fuerzas Militares, se ajustó a la Ley marco que fijó el Congreso y el porcentaje que determinó el Gobierno Nacional, en virtud al régimen especial con el que cuentan dichos servidores públicos, que a su vez les permite disfrutar de primas y otros beneficios con el régimen de retiro, pero que en particular el salarial y el prestacional tiene como referencia la escala gradual, que se sujeta al incremento del resto de empleados de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional.

Afirma que en el presente caso no se puso de presente el patrón de referencia respecto del cual se predica el trato desigual, destacando que dicho derecho se predica entre iguales, amén que la decisión administrativa examinada, se ajustó a la norma vigente, la cual no es contraria a la Constitución, por lo que goza de presunción de legalidad y obliga a las autoridades a aplicarla mientras mantenga su validez.

Igualmente, propuso la excepción de inepta demanda por no señalar, argumentar ni probar causal alguna que afecte la legalidad del acto administrativo demandado, la cual fue resuelta mediante **Auto del 18 de marzo de 2021**, denegándose su prosperidad.

3.2. CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

La apoderada de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a través de escrito del **28 de agosto de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Señaló que las actuaciones realizadas se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares; en consecuencia, no están viciadas de falsa motivación, pues ha actuado con apego a la Ley, razón por la cual el acto demandado se encuentra amparado bajo la presunción de legalidad, motivo suficiente para desestimar las súplicas de la demanda.

Manifiesta que el régimen prestacional del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se rige por las disposiciones especiales vigentes al momento de los hechos, las cuales prevalecen sobre las de carácter general, por lo que al pertenecer los miembros de la Fuerza Pública a un régimen especial, las asignaciones deben reajustarse anualmente de acuerdo a las variaciones que se introduzcan en las asignaciones pagadas al personal en servicio activo.

Argumenta que para dar cumplimiento a lo anteriormente anotado el Gobierno Nacional anualmente mediante Decreto Ejecutivo fija los incrementos de los sueldos básicos del personal en actividad, reajustando con ello las asignaciones de retiro, actuación que se encuentra acorde al ordenamiento jurídico.

Señaló que es preciso traer a colación el Acto legislativo 01 de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, el cual dispuso que *“no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la Fuerza Pública...”*.

Afirma que el principio de oscilación únicamente es aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y tiene como objetivo mantener el poder adquisitivo de la asignación de retiro y preservar el derecho a la igualdad entre militares en actividad y en retiro y su desconocimiento provocaría una descompensación injusta e ilegal en contra del personal activo, cuyos salarios son reajustados anualmente por el Gobierno Nacional.

Sostuvo que en el régimen de las asignaciones de retiro, se aplica únicamente el principio de oscilación conforme lo dispone el Decreto ley 1211 de 1990; porque de lo contrario, si fueran adoptados mecanismos, o

fórmulas de liquidación diferentes, se utilizaría un sistema prestacional sin fundamento legal, al establecido en el régimen especial de la Fuerza Pública.

Precisó que desde la expedición de la Ley 238 de 1995, no todos los años fueron más favorables que los incrementos efectuados por el Gobierno Nacional en cumplimiento del principio de oscilación que rige para la Fuerza Pública; por consiguiente, si es aplicado el Índice de Precios al Consumidor para todo el personal militar retirado, no solamente los años que presuntamente le son favorables, sino desde la vigencia de la referida norma, la entidad debe incoar las acciones judiciales pertinentes para exigir el reintegro de los valores pagados cuando en años anteriores estos le fueron más beneficiosos.

De otra parte, propuso la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva**, pues en las pretensiones de la demanda el actor solicita el reajuste de la asignación de retiro, de conformidad con el IPC fijado por el DANE desde 1997, sin tener en cuenta que la misma le fue reconocida a través de la Resolución No. 7867 del 16 de noviembre de 2017, por lo que con anterioridad a esa fecha el no ostentaba la calidad de retirado y, por lo tanto, no era beneficiario de tal prestación, razón por la cual, al pretender el reajuste de la base de liquidación salarial o sueldo básico y de las prestaciones sociales, la entidad carece de legitimación por activa con anterioridad a dicha fecha.

Igualmente, argumenta que Cremil carece de legitimación en la causa por pasiva, frente al acto administrativo demandado, toda vez que el demandante pretende la nulidad del oficio No.20193170165051 del 30 de enero de 2019, expedido por la Dirección de Personal del Ejército Nacional.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

La parte demandante dentro de la oportunidad legal no presentó alegatos de conclusión.

4.2. Partes demandadas

4.2.1 Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional

El apoderado del Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional mediante escrito allegado el **4 de junio de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, efecto para el cual, señaló que el Gobierno Nacional en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 13 de la Ley 4° de 1992, fijó la base salarial de los oficiales de la Fuerza Pública, es decir, que a los miembros activos de las Fuerzas Militares se les aplica la escala gradual para regular sus salarios.

Manifiesta que lo anterior, difiere de las asignaciones de retiro que se basan en el principio de oscilación, cuya finalidad es mantener el equilibrio entre los incrementos efectuados al personal activo y los realizados al personal en uso del buen retiro, situación que no es aplicable al caso concreto, pues para la época del reajuste solicitado por el actor, éste se encontraba en actividad, tiempo durante el cual se le fijó su base salarial, de conformidad con la escala gradual ordenada por el Gobierno Nacional.

Aclaró que los miembros de la Fuerza Pública fueron excluidos de la Ley 100 de 1993, en su artículo 279, lo que los hizo acreedores de un régimen especial en materia de prestaciones, al cual deben sujetarse en su integridad, por lo cual, es el Gobierno Nacional quien tiene la facultad para establecer los salarios.

Señala que no se conculcó el principio de movilidad de las asignaciones de retiro establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, toda vez que no está probado que no se le hayan cancelado oportunamente sus mesadas, por el contrario, manifiesta que se han venido pagando y se le han realizado los incrementos legales.

De igual manera, sostuvo que no se evidenció la vulneración del derecho al trabajo y a la seguridad social, pues según se evidencia de las pruebas allegadas al proceso, el demandante recibe las mesadas

correspondientes a la asignación de retiro, según los lineamientos que fijó el competente.

Concluyó que para los años 1997 a 2004 el demandante se encontraba en servicio activo y se expidieron los Decretos donde se estableció el incremento anual correspondiente y, en ese sentido, el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional debe fijar el régimen salarial y prestacional para los miembros de la Fuerza Pública, con fundamento en los mismos, dentro del marco de la Ley 4° de 1992.

4.2.2. Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

La apoderada de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante memorial radicado bajo el **No. SIOJ 88644 del 4 de junio de 2021** allegado a este Despacho vía correo electrónico el mismo día, señaló que la asignación de retiro depende del salario de los militares en actividad por el principio de oscilación, consagrado en el artículo 169 del Decreto Ley 1211 de 1990, que remite expresamente al artículo 158 ibídem el cual establece las partidas base de liquidación para oficiales y suboficiales.

Aduce que no tiene competencia para resolver de fondo el asunto objeto de la presente acción, existiendo una falta de legitimación en la causa por pasiva en cuanto al reajuste solicitado con anterioridad al reconocimiento de la prestación a través de la Resolución 7867 del 27 de septiembre de 2017.

Manifestó que resulta oportuno recordar que los incrementos salariales del personal activo de las FF. MM., se hace a través de los Decretos del Gobierno Nacional y no por aplicación del sistema de oscilación o el incremento con base en el IPC, es así que, el demandante teniendo inconformidad frente a los salarios que devengaba en servicio activo debió reclamar en su oportunidad ante el Ministerio de Defensa Nacional.

Afirma que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no tiene competencia para resolver de fondo el asunto y acceder a las pretensiones de actor, toda

vez que la función de la misma es exclusivamente la de reconocer y pagar las asignaciones de militares en retiro del personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales de las Fuerzas Militares y la sustitución pensional a sus beneficiarios, a partir de la expedición de la hoja de servicios aportada por la fuerza a la que perteneció el titular de derecho y no los reajustes salariales sobre los que el actor presenta inconformidad.

Por último, solicitó que no se le imponga condena en costas y agencias de derecho a la entidad que representa, pues no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial.

4.3. Agente del Ministerio Público.

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:

5.1.1. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL

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

Respecto a la excepción de **prescripción del reajuste solicitado** advierte el Despacho que solo se resolverá en el evento de prosperar las súplicas de la demanda.

5.1.2. CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

La **excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva**, será resuelta en este momento procesal, de conformidad con el inciso 4° del

parágrafo 2° del numeral 7° del artículo 175 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, bajo las siguientes consideraciones:

Manifiesta el apoderado que representa los intereses de la entidad demandada que el reajuste solicitado por el demandante, con el índice de precios al consumidor fijado para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, corresponde al Ministerio de Defensa Nacional, pues a través de la Resolución No. 7867 del 16 de noviembre de 2017, se le reconoció una asignación de retiro, de lo que se colige que con anterioridad a esa fecha, no ostentaba la calidad de retirado y, por lo tanto, no era beneficiario de tal prestación.

Igualmente, anota que el acto administrativo demandado, esto es el oficio No.20193170165051 del 30 de enero de 2019, no fue expedido por Cremil sino por la Dirección de Personal del Ejército Nacional y, en consecuencia, frente al mismo, también opera la falta de legitimación de dicha entidad.

Sobre el particular, precisa el Despacho que el contradictorio por pasiva lo deben integrar las personas naturales o jurídicas que sin la comparecencia de aquellas no sea posible decidir de mérito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del C.P.A.C.A., situación que no se predica en el caso de autos, respecto de CREMIL, pues la presente controversia está encaminada a que se declare la nulidad del acto administrativos No 20193170165051 del 30 de enero de 2019, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional- y, en tal virtud dicha entidad no se encuentra facultada para actuar como parte demandada, en la medida que no fue quien expidió el acto cuya nulidad se solicita.

En ese sentido, le asiste la razón a la apoderada de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, pues, de conformidad con el artículo 138 del C.P.A.C.A, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho recae sobre un acto administrativo particular, expreso **o presunto** que lesione un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, siendo que no se demanda acto alguno expedido por dicha entidad que hubiese negado la reliquidación de la asignación de retiro y por ello fuera indispensable la comparecencia de la misma al proceso, razón suficiente, para dar prosperidad al medio exceptivo propuesto.

Al respecto, se advierte que si bien la petición de reajuste se realizó ante la Caja de Retiro del Fuerzas Militares el día 19 de diciembre de 2018, lo cierto es que dicha entidad la remitió por competencia al Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional-, sin pronunciarse de fondo sobre la misma, situación por la cual el apoderado del actor debió demandar el acto ficto o presunto negativo por la falta de respuesta a dicha solicitud, actuación que omitió realizar en el libelo demandatorio.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.2.1. Resolución No. 01372 del 25 de julio de 2017, por la cual el Comandante del Ejército Nacional retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares a un personal de Suboficiales, entre ellos al actor.

5.2.2 Resolución No. 7867 del 27 de septiembre de 2017, por medio de la cual se ordenó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro al señor Wilson Roberth Ramírez Gómez, a partir del 16 de noviembre de 2017.

5.2.3. Hoja de Servicios No. 3-93374616, donde se relacionan los haberes percibidos por el demandante y el tiempo de servicios que prestó en el Ejército Nacional.

5.2.4. Petición elevada por el demandante ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el 19 de diciembre de 2018, por medio de la cual solicitó el reajuste de su asignación básica y las primas legales y convencionales, las vacaciones, las cesantías y demás prestaciones sociales desde el 1 de enero de 1997 hasta la fecha del retiro de la actividad militar, con base en el aumento salarial de los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

5.2.5. Oficio con consecutivo No. 0001760 del 15 de enero de 2019, por el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares dio traslado de dicha petición al Director de Personal del Ejército Nacional por competencia.

5.2.6. Oficio No. 20193170165051 del 30 de enero de 2019, por el cual el Oficial Sección Nómina de la Dirección de Personal del Ejército Nacional

negó la aludida petición, debido a que dicha sección presupuesta las partidas incluidas en el sistema de informática del Ministerio de Defensa Nacional, las cuales de Acuerdo al Decreto Anual de Sueldos expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, no contempla el reconocimiento de dicho incremento.

5.2.7 Oficio No. 20193170323091 del 21 de febrero de 2019, a través del cual el Oficial Sección Nómina de la Dirección de Personal del Ejército Nacional certificó el porcentaje y los incrementos anuales efectuados desde el año 1996 hasta el año 2017 en los distintos grados ostentados por el actor.

5.2.8. Certificación expedida por la Coordinadora del Grupo Centro Integral de Servicios al Usuario, en la que consta que revisada la hoja de vida del actor se pudo establecer que la última unidad donde prestó sus servicios militares fue en el *“PERSONAL EN COMISIÓN EN EL EXTERIOR” en la ciudad de Bogotá*..

5.2.9 Expediente administrativo del señor Wilson Roberth Ramírez Gómez.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO

Como se señaló en la providencia proferida el 20 de mayo de 2021, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si al demandante le asiste o no el derecho a que se reliquide su asignación básica y demás prestaciones sociales, desde el 1° de enero de 1997 y hasta la fecha del retiro de la actividad militar, teniendo como fundamento el porcentaje del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003, 2004.

Ahora bien, es pertinente advertir que si bien en dicha providencia también se señaló que se debía determinar si le asistía o no el derecho a que se le reliquide y reajuste su asignación de retiro, lo cierto es que, dada la prosperidad del medio exceptivo de falta de legitimación en la causa, propuesto por CREMIL, dicho aspecto, no será objeto de estudio en esta providencia.

5.3.1. RÉGIMEN SALARIAL DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES Y MANTENIMIENTO DEL PODER ADQUISITIVO DEL SALARIO

El inciso 3 del artículo 217 de la Constitución Política, establece:

“ARTICULO 217.

“(…) La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio”. (Negrilla del Despacho).

Ahora bien, la Constitución Política establece que en materia salarial de los servidores públicos, la competencia normativa es compartida entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional. Así, en concordancia con el numeral 19, inciso e) del artículo 150 superior, le corresponde al Gobierno, fijar el régimen salarial de los servidores públicos, los miembros del Congreso y la Fuerza Pública.

A su vez, las disposiciones dictadas por el Gobierno deben ser acordes con la Ley Marco, Ley 4ª de 1992, la cual *“prescribe los objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional proceda a establecer las escalas salariales y prestacionales de aquellos”*

En observancia de la anterior normatividad, el Presidente de la República expidió el Decreto 1211 de 1990 *“Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”*, norma de carácter especial, que estableció:

“ARTICULO 73. Asignaciones mensuales. Las asignaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares serán las determinadas por las disposiciones legales vigentes”.

Conforme a la anterior preceptiva, la entidad demandada se encuentra obligada a establecer la escala salarial del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, de conformidad con los decretos ejecutivos expedidos anualmente por el Gobierno Nacional.

Ahora bien, contrario a lo que sucede con las pensiones, en materia salarial no existe una norma legal que consagre expresamente el derecho de los trabajadores (privados o públicos) a mantener el poder adquisitivo de los salarios. La única referencia podría encontrarse en el artículo 146 del Código Sustantivo del Trabajo que consagra los factores a tener en cuenta al momento de fijar el salario mínimo, al indicar en su numeral 1° que *“para fijar el salario mínimo deben tomarse en cuenta, **el costo de la vida**, las modalidades del trabajo, la capacidad económica de las empresas y empleadores, y las condiciones de cada región y actividad”*

No obstante, la Corte Constitucional ha reconocido consistentemente en su jurisprudencia –sentencias C-815 de 1999; C-1433 de 2000, C-1064 de 2001–, la existencia del derecho constitucional a mantener el poder adquisitivo del salario, con fundamento en el inciso 1° del artículo 53 de la Constitución que establece dentro de los principios fundamentales que debe desarrollar el estatuto del trabajo, el derecho a una *“remuneración mínima vital y móvil”*, enunciado que ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional como un derecho constitucional de los trabajadores a mantener el poder adquisitivo real del salario.

Según dicha Corporación, este derecho fundamental consiste en *“(…) el ajuste periódico del salario con el fin de contrarrestar la inflación y asegurar que aquél en términos reales conserve su valor, sin que ello impida que se decreten incrementos, más allá de la actualización.”*¹, derecho que tiene soporte en el Estado Social de Derecho, según lo señaló la Corte en la sentencia citada de la siguiente manera:

“El fundamento del derecho a mantener el poder adquisitivo del salario se encuentra en la interpretación sistemática de la Constitución (artículos 1, 2, 25, 53, 95-9 C.P.), de conformidad con los tratados y convenios internacionales sobre protección al trabajo y al salario. En sentencia C-1064 de 2001 sostuvo sobre el particular la Corte:

“(U)na interpretación sistemática de la Constitución permite en efecto afirmar que con base, entre otros, en los fines de construir un orden social justo (Preámbulo y artículo 2), los principios fundamentales de Estado social de derecho, dignidad humana, solidaridad y trabajo, los deberes sociales del Estado – entre ellos los que tienen que ver con promover y garantizar la prosperidad y el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución;

¹ Sala Plena, Sentencia C-1017 del 30 de octubre de 2003, expediente D-4622, Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

tomar medidas para que la igualdad sea real y efectiva; proteger especialmente al trabajo en todas sus modalidades; garantizar los medios para que las pensiones mantengan su poder adquisitivo constante; asegurar la igualdad de oportunidades para todas las personas – y el mandato del Estado de intervenir de manera especial para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, es posible fundamentar un derecho constitucional en cabeza de los trabajadores a mantener el poder adquisitivo real del salario.

Igual conclusión se impone de la interpretación constitucional a la luz de los tratados y convenios internacionales de protección al salario (artículo 93 inciso 2 C.P.). Es así como los Convenios 95 y 99 de la Organización Internacional del Trabajo relativos a la protección del salario, aprobados respectivamente mediante las Leyes 54 de 1962 y 18 de 1968, refuerzan la conclusión según la cual el derecho a un salario justo presupone el derecho a mantener el poder adquisitivo del mismo.”

Con fundamento en lo anterior, es preciso determinar quiénes son los titulares de este derecho y sus alcances. Para el caso de los servidores públicos, todos ellos son titulares del derecho al reajuste de sus salarios, sin exclusión de los servidores de salarios bajos, medios y altos, pues no es posible discriminar para efectos del reconocimiento de un derecho constitucional con base en el nivel salarial; no obstante, el alcance del derecho puede ser diferente dependiendo del nivel de la remuneración salarial en virtud del principio de solidaridad contenido en el artículo 1º de la Constitución y del principio de igualdad de que trata el artículo 13 *ibídem*.

En tal sentido, ha manifestado la Corte Constitucional, en primer lugar, que las personas en escalas salariales bajas se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad que las que tienen escalas salariales medias, las cuales a su vez se encuentran en una situación diferente a las que devengan salarios altos.

Como consecuencia de lo anterior, el derecho constitucional a mantener el poder adquisitivo del salario es limitado. Así lo expresó el Máximo Tribunal Constitucional en la sentencia referida:

“6.1. Existe un derecho constitucional, en cabeza de todos los servidores públicos, a mantener el poder adquisitivo de sus salarios (artículo 53 y concordantes, CP) y, por ende, a que se realicen ajustes anuales en proporción igual o superior a la inflación causada, esto es, al aumento del I.P.C. en el año inmediatamente anterior, sin que éste sea el único parámetro que pueda ser tenido en cuenta. En consecuencia, no puede

haber una política permanente del Estado que permita la disminución del poder adquisitivo del salario.

6.2. El derecho constitucional a mantener el poder adquisitivo del salario no es un derecho absoluto. No obstante, no cualquier interés estatal justifica su limitación. Sólo puede ser limitado para promover el fin constitucionalmente imperioso de preservar la estabilidad macroeconómica reduciendo el gasto en circunstancias de déficit fiscal y elevado endeudamiento para no afectar el gasto público social (artículo 350, CP), asegurando así la efectividad de la solidaridad como principio fundante del Estado Social de Derecho (artículo 1, CP), dentro de un contexto económico que justifique la necesidad de la limitación (artículo 2, CP).

6.3. El derecho de los servidores públicos que perciban salarios iguales o inferiores a dos (2) salarios mínimos legales mensuales a mantener el poder adquisitivo de su salario, no podrá ser objeto de limitaciones dado que según los criterios específicos analizados en la presente sentencia para la vigencia fiscal del 2003, tales servidores se encuentran en las escalas salariales bajas definidas por el Congreso de la República a iniciativa del Gobierno. Por lo tanto, éstos servidores deberán recibir el pleno reajuste de sus salarios de conformidad con el nivel de inflación, es decir, la variación del I.P.C. registrada para el año inmediatamente anterior, parámetro también señalado en la Ley 796 de 2003.

6.4. Las limitaciones que se impongan al derecho constitucional de los servidores públicos a mantener el poder adquisitivo del salario sólo puede afectar a aquellos que tengan un salario superior a los dos (2) salarios mínimos legales mensuales. El derecho de tales servidores públicos, puede ser objeto de limitaciones, es decir, su salario podrá ser objeto de ajustes en una proporción menor a la de la inflación causada el año anterior, siempre y cuando se dé cumplimiento a los siguientes parámetros normativos:

6.4.1. Las limitaciones de los ajustes salariales anuales deben respetar el principio de progresividad por escalas salariales, de tal manera que quienes perciban salarios más altos se vean sujetos a las mayores limitaciones y los servidores ubicados en la escala salarial más alta definida por el gobierno sean quienes estén sometidos al grado más alto de limitación.

6.4.2. En todo caso, para respetar el principio de proporcionalidad, las diferencias en los ajustes entre escalas salariales deberán ser mínimas, y a ninguno de los servidores públicos se le podrá afectar el núcleo esencial de ese derecho.

6.4.3. Para que no se vulnere el núcleo esencial del derecho a mantener el poder adquisitivo del salario de los servidores públicos señalados, el ajuste en la última escala superior no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) de la inflación causada el año inmediatamente anterior, es decir, a la mitad del aumento en el I.P.C. de 2002.

6.4.4. A los servidores públicos a quienes se les limite el derecho, el Estado les debe garantizar que, dentro de la vigencia del plan de desarrollo de cada cuatrienio, progresivamente se avance en los incrementos salariales que les corresponden, en forma tal que se les permita a estos servidores alcanzar la actualización plena de su salario, de conformidad con las variaciones en el I.P.C. El Gobierno y el Congreso tienen la obligación de incluir en los instrumentos de manejo

de la política económica, previo un debate democrático, los programas y políticas que garanticen que dentro de los cuatro años de vigencia del Plan Nacional de Desarrollo, se consigan reajustes progresivos que logren alcanzar, al final de tal período cuatrienal, incrementos iguales o superiores al IPC para estos servidores.

A esta finalidad han de propender las políticas públicas correspondientes. Lo anterior significa que la limitación del referido derecho no constituye una deuda a cargo del Estado que deba ser cancelada retroactivamente por éste al término del periodo de cuatro años, sino un ahorro para hacer sostenible el gasto público social en condiciones macroeconómicas como las mencionadas en esta sentencia.

6.4.5 En cada presupuesto anual, de no justificarse la limitación del derecho mencionado con razones cada vez más poderosas, deben incorporarse las partidas suficientes que garanticen efectivamente la actualización plena de los salarios durante la vigencia del plan de desarrollo.

6.4.6. El ahorro que obtenga el Estado como consecuencia de las limitaciones a los ajustes salariales que temporalmente permite la Constitución, sólo pueden destinarse a la inversión social.

6.4.7. Los ajustes salariales correspondientes a la vigencia fiscal de 2003 deben ser reconocidos por el Estado a partir del primero (1º) de enero de 2003, para lo cual deberán realizarse las adiciones y traslados presupuestales necesarios.”

Bajo el contexto jurisprudencial citado y descendiendo al *sub lite*, conviene determinar si el derecho del demandante a mantener el poder adquisitivo del salario es absoluto o, si por el contrario, se encuentra limitado por devengar más de dos salarios mínimos legales.

En ese sentido, se procederá a analizar el monto del salario devengado por el señor Wilson Roberth Ramírez Gómez en los años para los cuales reclama el reajuste con fundamento en el IPC, efecto para el cual, se tomará la asignación básica que percibió para las anualidades 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, en los grados de Sargento Segundo y Sargento Viceprimero, ostentados por este en los referidos años, según el Oficio No. 20193170323091 del 21 de febrero de 2019, expedido por el Oficial Sección Nómina de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, de la siguiente forma:

GRADO	AÑO	SUELDO BÁSICO EJÉRCITO NACIONAL	SALARIO MÍNIMO
SARGENTO SEGUNDO	1997	\$365.025	\$172.005,00
SARGENTO SEGUNDO	1998	\$437.279	\$203.825,00

SARGENTO SEGUNDO	1999	\$502.477	\$236.460,00
SARGENTO SEGUNDO	2000	\$548.855	\$260.100,00
SARGENTO VICEPRIMERO	2001	\$649.387	\$286.000,00
SARGENTO VICEPRIMERO	2002	\$688.351	\$309.000,00
SARGENTO VICEPRIMERO	2003	\$732.475	\$332.000,00
SARGENTO VICEPRIMERO	2004	\$772.395	\$358.000,00

Como puede verse, si bien es cierto que al actor le asistiría el derecho a mantener el poder adquisitivo de su salario, también lo es que el mismo está limitado dado que, como consecuencia de los grados que ostentó en el Ejército Nacional, devengó una asignación básica mensual **superior** a los dos salarios mínimos mensuales vigentes y, en tal sentido, la entidad demandada no estaba obligada a aumentar el monto del mismo, de conformidad con el índice de Precios al Consumidor - IPC, razón por la cual no le asiste derecho alguno al reajuste de dicha asignación.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Juez Contencioso Administrativo se encuentra facultado para inaplicar una norma, cuando esta atente contra las disposiciones constitucionales o se contraponga una norma con fuerza material, decisión que solo producirá efectos inter partes, puesto que no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida, ya que se aplica para el caso concreto, sin anular en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución o la Ley.

En ese sentido, pese a que la parte demandante funda su inconformidad en el artículo 4º de la Constitución Política, lo cierto es que no es dable atribuir un trato desigual, en la medida que no se puede pretender que quien tenga una asignación mayor a dos salarios mínimos reciba el mismo tratamiento de quien devenga un salario mínimo vital, pues son dos situaciones distintas que deben tener un tratamiento diferente para que se cumpla la igualdad real, toda vez que para los salarios medios y altos un aumento salarial no es una opción de vida y, en esa medida, no constituye una discriminación sino una diferenciación justificada y razonable.

En consecuencia, **al actor se le aumentó su asignación básica mensual de conformidad con las escalas determinadas por el Gobierno Nacional**, sin que se le afectara su mínimo vital, dado que recibía una asignación superior a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, tal como se demostró con el cuadro anterior.

Sobre el particular, en un caso de similares características al que aquí se discute, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, Magistrado Ponente Dr. Carlos Alberto Orlando Jaiquel, en sentencia del 28 de noviembre de 2018, señaló:

“En consecuencia, observa la Sala que no le asiste razón a la parte actora al solicitar en la demanda, el reajuste de su sueldo mensual para los años 1997 a 2004 conforme al IPC, toda vez que la asignación básica mensual en actividad de los miembros de la Fuerza Pública debe ser reajustada conforme a los Decretos anuales de aumento salarial dictados por el Gobierno Nacional para la Fuerza Pública, y acceder a lo pretendido en la demanda, sería tanto como extender lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que ordena el incremento anual de las pensiones de conformidad con el IPC. a los miembros de la Fuerza Pública que se encontraban en actividad, desde el 1º de enero del año 1997 y siguientes, sin que exista ningún fundamento ni jurídico, ni legal que así lo disponga.

Ahora, de conformidad con el marco normativo de esta providencia y lo expuesto en diferentes pronunciamientos la Corte Constitucional, es claro para este Tribunal que no se encuentra vulnerado el derecho a la igualdad alegado por la parte actora ya que los decretos que ordenaron el reajuste anualmente de la asignación básica de los militares en servicio activo expedidos por el Gobierno Nacional fueron expedidos con plenas facultades constitucionales y legales para ello, además, alcanzaron firmeza en los períodos de vigencia anual, se ejecutaron, surtieron plenos efectos y su validez no ha sido controvertida judicialmente.

Así las cosas, al encontrar la Sala que la pretensión de reajuste salarial elevada por el accionante no encuentra vocación de prosperidad según lo explicado, no resulta procedente abordar el estudio de las demás pretensiones que de ella se derivan”.

En consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda, dado que el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo acusado.

5.4. COSTAS.

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

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

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

RESUELVE

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

SEGUNDO.- DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL-**

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

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

Notifiquese y Cúmplase

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

Firmado Por:

**GLORIA
JARAMILLO
JUEZ
JUZGADO**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO 017 de hoy 29 de junio de 2021 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

**MERCEDES
VASQUEZ**

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:

**fe45af48f4c6f0a1f53f32136d76817258048b9c49e9e43219fbdd50716b
5baf**

Documento generado en 25/06/2021 11:35:15 a. m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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