

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
MANIZALES

Manizales, dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022).

Sentencia Nro.: **100/2022**
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor(a): Alexander Giraldo León
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa Ejército Nacional
Radicado: 17-001-33-39-007-2018-00249-00
Instancia: Primera

En los términos del inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- C.P.A.C.A. y teniendo en cuenta que no se advierten irregularidades que afecten o vicien el trámite del proceso, procede el despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el medio de control de la referencia.

Para el efecto se tendrá en cuenta lo precisado en la audiencia inicial respecto a las excepciones y la fijación del litigio.

Antecedentes:

I.- La demanda

Por intermedio de apoderado judicial, el señor **Alexander Giraldo León**, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandó a la **Nación -Ministerio de Defensa Ejército Nacional** solicitando lo siguiente¹:

¹ Fl 4 01Cuaderno1

1. Que se declare la NULIDAD de los Actos Administrativos conformados por los siguientes (...)
 - 1.1 Oficio No 20173172186761 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER.DIPER 1.2º librado el 06 de diciembre del 2017, por el Oficial Sección Nómina de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, en virtud del cual se negó el reajuste del Subsidio Familiar reconocido en un 23% del salario base de liquidación y el reconocimiento y pago de la prima de actividad, también el reajuste del 20% junto con el reajuste de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y cualquier otra acreencia laboral devengada por el demandante.
 2. Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del Derecho, LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, disponga el reajuste de salarios y prestaciones sociales que actualmente devenga el Demandante, con fundamento en las siguientes causales, las cuales sustento más adelante:
 - 2.1 Reajuste del SUBSIDIO FAMILIAR reconocido al Demandante en un 23%, cuando debió ser reconocido en un 62.5%, con fundamento en lo normado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.
 - 2.2. Reconocimiento y pago de la PRIMA DE ACTIVIDAD en la asignación mensual que actualmente devenga el Demandante, en aplicación del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional.
 - 2.3 Que como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del Derecho, LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL, disponga el reconocimiento y pago a favor del demandante, del reajustes salarial del 20% a que tiene derecho a partir del 1º de Noviembre de 2003, así como al reajuste de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y cualquier otra acreencia laboral devengada por mí representado desde el 1º de Noviembre de 2003 hasta la fecha.
 - 2.4 Que se disponga el reconocimiento y pago del retroactivo salarial que se genere con fundamento en los reajustes reclamados.
 - 2.5 Que se disponga el reajuste de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y cualquier otra acreencia laboral a que tenga derecho el Demadante con base en los reajustes reclamados.
- (...)

Con relación al fundamento fáctico de las pretensiones, en la demanda se exponen los siguientes:

El señor **Alexander Giraldo León** ingresó al **Ejército Nacional** el 08 de enero de 1999 como soldado regular; el 20 de noviembre de 2020 se incorpora como soldado voluntario y desde el 01 de noviembre de 2001 como soldado profesional.

Para la fecha de la demanda, el accionante se encuentra activo y presta sus servicios en el Batallón Ayacucho con sede en esta ciudad.

Mediante Decretos 1793 de 2000 y 1794 del mismo año, se estableció el régimen de carrera y salarial para los soldados profesionales, pero no se incluyó el derecho a devengar prima de actividad. Esta circunstancia configura la transgresión del artículo 13 de la Constitución Política porque esta prestación sí se contempló para los demás integrantes del Ejército nacional.

Con respecto al subsidio familiar, mediante circular 328592 del 25 de junio de 2008 de la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal del Ejército, se definió que equivaldría al 4% del sueldo básico mensual más el 100% de la prima de antigüedad. Sin embargo, a todos los soldados profesionales se les reconoció el subsidio familiar conforme lo establecía el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000; esta norma fue posteriormente derogada por el Decreto 3770 de 2009 y por esa razón el subsidio no se volvió a reconocer.

En el año 2014 con Decretos 1161 y 1162 de 2014, nuevamente se crea el subsidio familiar en cuantía inferior a la inicial, pero el Consejo de Estado con providencia del 08 de junio de 2017, declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009. Por efectos de la decisión judicial recobró vigencia el contenido del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y por ello, en el caso del señor **Giraldo León** el subsidio familiar debe ser cancelado en un 62.5% del salario base de liquidación.

Frente al reajuste del 20%, explica que el demandante fue incorporado el 01 de noviembre de 2003 como soldado profesional aclarando que a ningún soldado voluntario se le consultó si deseaba ser incorporado con esta calidad. Al haber ostentado la condición de soldado voluntario adquirió el derecho a devengar un salario mínimo incrementado en un 60% y conforme a los preceptos de la Ley 4ª de 1992, su salario no podía ser desmejorado.

Concepto de violación

Cita el artículo 13 de la Constitución Política para argumentar que a los soldados profesionales se les coloca en situación de desigualdad sin tener en

cuenta que son quienes soportan las circunstancias propias del combate. Cita el artículo 4, también de la Constitución, para indicar que, dada la transgresión al principio de igualdad, es posible aplicar la excepción de inconstitucionalidad en este caso y en consecuencia disponer la inclusión de la prima de actividad.

Presenta argumentos jurídicos similares para solicitar la inclusión del subsidio familiar como partida computable en los términos del artículo 1794 del 2000.

II. Trámite procesal.

Surtida la fase escrita del procedimiento, se llevó a cabo la Audiencia Inicial del 11 de marzo de 2020². Con Auto del 04 de mayo de 2021³ se puso en conocimiento de las partes las pruebas documentales allegadas al expediente.

Mediante Auto del 23 de febrero de 2022⁴, en los términos del inciso 3 del artículo 181 del C.P.A.C.A., se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que dentro de los 10 días siguientes presentaran sus alegatos de conclusión por escrito, igualmente se llevó a cabo el control de legalidad.

Vencido el término de traslado de alegatos el proceso ingresó a Despacho para proferir sentencia escrita.

III. Actuación de la parte demandada

Acepta que mediante decretos 1793 y 1794 de 2000 se cambió la denominación de soldado voluntario a soldado profesional; para adquirir esta calidad debió presentarse una aceptación voluntaria. Advierte que el régimen de los soldados profesionales es diferente y resulta más ventajoso que el de los voluntarios.

Se opone a la prosperidad de las pretensiones y manifiesta que el oficio 20173172186761 MDM-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER -1.10 del 06 de noviembre de 2017, no es un acto administrativo, sino que tienen carácter meramente informativo. Las pretensiones que buscan la liquidación del 20% durante el tiempo que permaneció como soldado voluntario tampoco están llamadas a prosperar en lo que tienen que ver con cesantías e intereses de cesantías, esto porque en su momento se debieron cuestionar los actos administrativos que las reconocieron de manera individual.

² Fls 86 a 89 01Cuaderno1

³ Archivo 11

⁴ Archivo 13

Solicita que en caso de que la entidad sea condenada, esta decisión no incluya costas y gastos procesales porque no se evidencia un desgaste en las actuaciones del accionante.

Como fundamentos de su defensa señala que el legislador contempló un régimen especial para las fuerzas militares y a explica el detalle de esta normatividad para concluir que en el caso del señor **Alexander Giraldo León** no se está vulnerando el contenido del Decreto 1794 de 2000.

Realiza un comparativo entre el régimen de los soldados voluntarios y los soldados profesionales, para concluir que éste último es más beneficioso. Señala que si se hubiese dejado el mismo valor de la bonificación se rompería el principio de igualdad respecto de los soldados profesionales que se habían vinculado con el Decreto 1793 de 2000.

Sobre el subsidio familiar equivale a un 4% del salario básico y se cancela siempre que el soldado profesional se encuentre casado o con unión marital de hecho vigente; para el efecto, tiene el deber de informar su situación.

Propuso las siguientes excepciones:

i) Prescripción trienal. Aclara que debe darse aplicación a este fenómeno extintivo en caso de acceder a la nulidad del acto administrativo y no debe aplicarse la prescripción cuatrienal del decreto 1211 de 1990.

ii) Falta de fundamento de la demanda. Argumenta que la actuación del Ejército Nacional se sujeta a los postulados legales aplicables en la materia. La prima de actividad nace para el personal de oficiales en servicio activo; esta situación no se presenta para el demandante por lo que no hay lugar a esta prestación.

Acceder a las pretensiones de la demanda vulnera el principio de inescindibilidad en la aplicación de las normas; esto porque sólo estaría aplicando un aparte del régimen anterior cuando lo correcto es aplicar uno o u otro en todos sus aspectos.

iii) Inexistencia del derecho. La prima de actividad es propia de oficiales y suboficiales y no para el personal de soldados profesionales.

IV. Alegatos de conclusión

Parte demandante⁵. Advierte que las pretensiones de la demanda se enfocan en obtener el reconocimiento del subsidio familiar en los términos del Decreto 1794 de 2000; este es aplicable en virtud de lo establecido por el Consejo de Estado en sentencia del 08 de junio de 2017 en la cual declaró la nulidad del decreto 3770 de 2009 con efectos ex tunc.

Con base en lo anterior, concluye que el señor **Alexander Giraldo León** tiene derecho al reconocimiento del subsidio familiar a partir del 15 de julio de 2010, sin que sea aplicable el fenómeno de la prescripción. El fenómeno extintivo no debe aplicarse porque no se trata de un descuido en reclamar sus derechos; fue una acción del legislador la que impidió su ejercicio tal y como lo ha explicado el Alto Tribunal de la jurisdicción.

Con relación al reajuste del 20% advierte que el reconocimiento debe realizarse a partir del 24 de septiembre de 2014, en aplicación de la prescripción cuatrienal.

Por último, respecto de la prima de actividad debe darse aplicación a la excepción de inconstitucionalidad del artículo 4; para ello argumenta que existe una transgresión del derecho a la igualdad de los soldados profesionales en relación con los demás integrantes del **Ejército Nacional**.

Parte demandada⁶. Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda incluyendo lo referido a la prescripción de los derechos. El **Ejército Nacional** ha actuado conforme a la normatividad vigente y por ello, no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda.

Ministerio Público: La Procuraduría Judicial adscrita a este Juzgado, no intervino durante esta etapa procesal.

Consideraciones

I. Problema y análisis jurídico.

De conformidad, con lo expuesto en la fijación del litigio el problema jurídico a resolver es el siguiente:

⁵ Archivo 04

⁶ Archivo 09

¿Tiene derecho el demandante al reajuste del salario básico mensual, prima de actividad y subsidio familiar a partir del 1 de noviembre de 2003, de conformidad con lo prescrito en el Decreto 1794 de 2000?

¿Cuál es el porcentaje que debe tomarse para calcular la prima de actividad?

¿El demandante tiene derecho a que se incluya en la asignación mensual el subsidio familiar?

Si la respuesta a los problemas jurídicos planteados es positiva, se establecerá si habrá lugar al pago de retroactivo o si estos tienen incidencia en las demás prestaciones sociales del accionante.

A continuación, el despacho abordará los siguientes puntos: i) Reajuste del 20% en salarios y prestaciones sociales por aplicación del decreto 1794 de 2000; ii) Subsidio familiar y iii) Procedencia de la prima de actividad para los soldados profesionales.

II. Cuestión previa.

Tanto en la contestación de la demanda como en sus alegatos de conclusión, el Ejército Nacional argumenta que el oficio 20173172186761 MDM-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER -1.10 del 06 de diciembre de 2017, no es un acto administrativo.

Revisado el contenido del oficio mencionado, el Juzgado observa que en el mismo sí se está decidiendo indirectamente sobre el fondo de la petición presentada por el señor **Alexander Giraldo León**. Éste fue producto de la petición en donde el demandante reclama el reajuste del 20%, el reconocimiento y pago de la prima de actividad y el subsidio familiar y por tanto, se considera un acto administrativo en los términos del artículo 43 de la Ley 1437 de 2011.

Claro lo anterior, se procede a dar respuesta a los problemas jurídicos planteados.

III. El reajuste del 20% por disposición del decreto 1794 de 2000, es aplicable al soldado profesional Alexander Giraldo León.

El artículo 2° de la ley 131 de 1985, estableció que pueden prestar el servicio militar voluntario quienes prestaron servicio militar obligatorio, manifiesten su intención de ingreso y sean aceptados por las autoridades militares. Por su parte

el artículo 3° de la misma norma, indicó que quienes ingresan al servicio militar voluntario, después de haber prestado el servicio militar obligatorio, quedan sujetos a partir de su vinculación al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al **Régimen Prestacional** y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley.

De manera concreta el artículo 4° de la Ley 131 de 1985, permitió a quienes hubiesen prestado el servicio militar obligatorio y continuaran vinculados como soldados voluntarios, devengar una “bonificación mensual” equivalente al salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Luego, el Decreto 1793 de 2000 estableció el Régimen de Carrera y el Estatuto del Personal de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares. La norma definió la condición de soldado profesional, reguló la forma como se surte el nombramiento de los soldados profesionales a las Fuerzas Militares, estableció los requisitos mínimos para ser incorporado como soldado profesional y la forma como se surte el proceso de selección.

De otra parte, para el personal de soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000⁷ el Gobierno Nacional estableció su régimen salarial y prestacional:

Artículo 1. Asignación salarial mensual. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán 1 salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40% del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

De acuerdo con el inciso 1° de la norma, los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares, a partir de su vigencia, devengan un sueldo equivalente al mínimo legal vigente incrementado en un 40%; entre tanto, de conformidad con su inciso 2°, quienes a 31 de diciembre de 2000 se encontraban

⁷ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

como soldados voluntarios de acuerdo con la Ley 131 de 1985,⁸ percibían un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Las normas en comento han generado controversias en su interpretación y aplicación. Se discute si al ser incorporados como soldados profesionales, el salario básico de quienes venían como soldados voluntarios debe fijarse en un mínimo incrementado en un 40%, en aplicación del inciso 1º de la norma en cita; o en un 60%, de acuerdo con lo dispuesto su inciso 2º.

Sobre el problema jurídico debatido se pronunció la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado a través de la sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016⁹, en la cual la Corporación sostuvo:

(...) En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”. (...)

Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹⁰ derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992¹¹ y el Decreto Ley 1793 de 2000,¹² consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos.

Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793¹³ y 1794¹⁴ de 2000, en ninguno de sus apartes se

⁸ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

⁹ Radicado 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, C.P Sandra Lisset Ibarra Vélez

¹⁰ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹¹ 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.

¹² Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

¹³ Ib.

¹⁴ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devengan los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%. (...)

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹⁵ les respeta a los soldados voluntarios hoy profesionales, el hecho que perteneciendo a la misma institución pasen a ganar la misma asignación salarial que tenían en vigencia de la Ley 131 de 1985,¹⁶ esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, situación que deber ser vista desde la órbita de la garantía de conservar los derechos adquiridos; y cosa distinta es que luego de su conversión a soldados profesionales, empiecen a disfrutar de varias prestaciones sociales que antes no devengaban. Todo lo anterior, en aras de compensar a los soldados voluntarios que, desde la creación de su régimen con la Ley 131 de 1985,¹⁷ sólo percibían las bonificaciones mensuales, de navidad y de retiro.

La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000¹⁸ alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Este criterio jurisprudencial concluye que los soldados profesionales que se encontraban vinculados como soldados voluntarios al 31 de diciembre de 2000, tiene derecho a que su asignación básica sea el equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60% y no en un 40%. Además, por tratarse de una decisión de unificación es de obligatoria observancia para este despacho.

3.1 Caso concreto.

En el caso específico, se pretende la reliquidación de la asignación salarial mensual, tomando como asignación básica un salario mínimo más un 60% del mismo conforme al inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Conforme a la constancia de tiempo de servicios aportada con la demanda¹⁹ y la prueba documental solicitada y allegada por el **Ejército Nacional**²⁰, el señor

¹⁵ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹⁶ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

¹⁷ Ib.

¹⁸ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹⁹ F 17 01Cuaderno1

²⁰ Archivo 10

Alexander Giraldo León ha estado vinculado al **Ejército Nacional** de la siguiente manera:

CONCEPTOS	DESDE	HASTA	AÑOS	MESES	DIAS
Servicio militar	1999/01/08	2000/05/01	01	03	23
Soldado voluntario	2000/11/20	2003/10/31	2	11	11
Soldado profesional	2003/11/01	2019/11/30	16	0	29
Tres meses de alta	2019/11/30	2020/02/29	0	3	0

De lo certificado por el **Ejército Nacional** se infiere que el señor **Giraldo León** estaba vinculado para el 31 de diciembre de 2000 en calidad de soldado voluntario y luego fue vinculado en calidad de soldado profesional. Por ello, el accionante tiene derecho percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%.

Tal y como lo informa la entidad accionada, al señor **Alexander Giraldo León** se le canceló como asignación mensual la suma correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, como lo dispone el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000. Esta circunstancia desconoce lo señalado en el inciso segundo del mismo artículo.

El accionante radicó derecho de petición ante el **Ejército Nacional** con el fin de obtener el reajuste de su asignación mensual en un 20% y solicitando que se ordenara la reliquidación de sus prestaciones sociales.

En respuesta a esta petición, mediante oficio 20173172186761 MDM-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER -1.10 del 06 de diciembre de 2017, la accionada informa que, a partir de la nómina del mes de junio de ese año se reajustaría su asignación mensual. Sin embargo, la Dirección de Personal señala que no se había asignado presupuesto por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la cancelación de los valores solicitados y correspondientes a vigencias expiradas.

De esta comunicación se puede observar que el **Ejército Nacional** reconoce el derecho que le asiste al señor **Alexander Giraldo León**; en la medida en que a partir del mes de junio de 2017 reajustó su salario en un 20% y así lo demuestra con las constancias de salarios devengados a partir de esa fecha.

Así las cosas, es claro que le asiste el derecho al demandante, al reconocimiento y pago del 20% de un salario mínimo legal mensual, en el periodo comprendido

entre el 01 de noviembre de 2003 y la fecha de su retiro. Esto para que su asignación básica se ajuste a las prescripciones normativas contenidas en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985 y el parágrafo del artículo 5 decreto 1794 de 2000 y el artículo 1 del decreto 1794 del 2000; es decir, a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta (60%) del mismo salario, en tanto ingresó como soldado voluntario, antes del 01 de enero de 2001.

A partir de 01 de noviembre de 2003, fecha en la que el demandante obtuvo el estatus de soldado profesional, la entidad desconoció la normatividad vigente que regula el salario de los soldados profesionales que venían siendo soldados voluntarios y equiparó al accionante con los que ingresaron en vigencia del Decreto 1794 de 2000. Como consecuencia de esta asimilación, se le canceló como asignación mensual un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40% y no un 60% como tenían derecho.

3.2 Efectos prestacionales de esta decisión.

Siguiendo las pautas de la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016²¹, de acuerdo con lo reglado en los artículos 2°, 3°, 4°, 5°, 9° y 11 del Decreto 1794, la prima de antigüedad, la prima de servicio anual, la prima de vacaciones, la prima de navidad, las cesantías y el subsidio familiar se liquidan con base en el salario básico devengado.

Por esta razón, el reajuste salarial aquí reconocido conlleva efectos prestacionales y da lugar a que también les sean reliquidadas, en un mismo porcentaje, las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías.

3.3 Prescripción.

La parte actora pretende la aplicación de la prescripción cuatrienal contenida en el Decreto 1211 de 1990. Por el contrario, el **Ejército Nacional** argumenta que la norma aplicable en este punto es el Decreto 4433 de 2004, norma que consagra la prescripción trienal.

El Decreto 4433 de 2004, en su artículo 43 dispone que las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en dicho decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles. La aplicación de esta norma es una posición asumida por el Consejo de Estado en la

²¹ Radicado 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, C.P Sandra Lisset Ibarra Vélez

sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 debidamente aclarada en fecha 10 de octubre del 2019²².

No obstante, dicho precedente no es aplicable para el caso. La citada norma reglamenta la prescripción de asignación de retiro y de las pensiones, aspectos distintos a los reclamados en el asunto; lo que aquí se pretende es el pago de una diferencia salarial y reliquidación de las prestaciones sociales, por lo cual la norma se aplicará la prescripción cuatrienal señalada en el art. 174 del Decreto 1211 de 1990. Por esta razón se declarará no probada la excepción “prescripción trienal” propuesta por el **Ejército Nacional**.

De acuerdo con las pruebas existentes en el expediente, el Despacho advierte que del certificado de tiempo de servicios se evidencia que el **señor Alexander Giraldo León** ya tiene derecho a su pensión y laboró hasta el 29 de febrero de 2020. De otro lado, la petición de reajuste del 20% se presentó el 29 de septiembre de 2017²³; por tanto, se declarará la prescripción de los derechos reclamados entre el 01 de noviembre de 2003 al 29 de septiembre de 2013.

En consecuencia, se ordenará la reliquidación y pago de los mayores valores que resulten en el lapso comprendido entre el 29 de septiembre de 2013 hasta la fecha de retiro del demandante, descontando lo que se hubiese pagado de acuerdo con lo informado en el oficio 20173172186761 MDM-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER -1.10 del 06 de diciembre de 2017.

3.4 La indexación de las sumas reconocidas

Las sumas serán canceladas en los términos fijados por el art. 192 del C.P.A.C.A., las que serán debidamente indexadas conforme al ART. 187 del mismo estatuto procesal; es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula siguiente:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

Donde el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar **a la demandante** por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente

²² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. Rad. 85001 33 33 002 2013 00237 01 (1701-2016) Actor: Julio cesar Benavides Borja contra CREMIL. 10 de octubre del 2019

²³ Fl 35 01Cuaderno1

a la fecha de ejecutoria de esta sentencia por el índice inicial existente a la fecha de exigibilidad de la respectiva obligación, esto es, a partir del **01 de noviembre de 2003**, fecha a partir de la cual debió empezar a devengar el salario con el reajuste reconocido, pero con efectos fiscales a partir del **29 de septiembre de 2013**, por efectos de la prescripción cuatrienal

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales.

Se ordenará a la accionada emitir una nueva resolución, en la que liquide los reajustes y los descuentos de ley y demás operaciones, o compensaciones contables a que haya lugar, conforme a lo anteriormente expuesto.

IV. Reconocimiento del subsidio familiar.

Esta prestación social está definida en el artículo 1 de la Ley 21 de 1982 con las siguientes palabras:

Es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

Tal y como lo ha indicado el Consejo de Estado²⁴, se trata de una prestación social en favor de los empleados con bajos ingresos; su finalidad es ayudar a la cabeza del núcleo familiar al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo.

En lo que tiene que ver con los soldados profesionales, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1794 de 2000; en el artículo 11 de esta norma se consagró el subsidio familiar a favor de estos servidores casados - o con unión marital de hecho vigente, equivalente al 4% de su salario básico mensual, más la prima de antigüedad; es decir, que en actividad puede devengarse hasta en un 62.5%, teniendo en cuenta que, la prima de antigüedad puede ser percibida hasta en un 58.5%

Este artículo fue derogado por el artículo 1 del Decreto 3770 de 2009; sin embargo, en el parágrafo 1° del mismo, se permitió que los - Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, que a su entrada en

²⁴ Sentencia del 07 de octubre de 2010, sección r, subsección B, C.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, - radicación No 41001-23-31-000-2003-01069-01(0354-10).

vigencia se encontraran percibiendo el subsidio familiar, lo continuaran devengando hasta su retiro del servicio activo.

No obstante, el Decreto 3770 de 2009, fue declarado nulo por el máximo Tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa en sentencia del 8 de junio de 2017²⁵, al considerar que constituía una desmejora en las condiciones prestacionales de los Soldados e Infantes de Marina Profesionales.

A juicio de esa Corporación, la norma representa una vulneración a los principios de progresividad, de proscripción de no regresividad y no discriminación. El Gobierno Nacional no podía eliminar el derecho a que los Soldados Profesionales en servicio activo perciban esa prestación social; la misma busca contribuir al alivio de las necesidades básicas de los sectores más pobres de la población, dentro de los cuales se hallan los Soldados Profesionales.

Con el Decreto 1161 de 2014, el ejecutivo nuevamente crea el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales que no percibían según los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009; además se estableció que dicha partida sería computable para liquidar la asignación de retiro.

4.1 Caso específico.

De acuerdo con las pruebas aportadas en este medio de control, como ya se mencionó, **Alexander Giraldo León** se vinculó como soldado voluntario desde el 20 de noviembre de 2000 hasta el 31 de octubre de 2003; como soldado profesional ha permanecido desde el 01 de noviembre de 2003 hasta el 30 de noviembre de 2019²⁶; entre el 30 de noviembre al 29 de febrero de 2020, corrieron los 3 meses de alta y en total acumula 20 años 07 meses de servicios en el Ejército Nacional²⁷.

Con la demanda se aporta el certificado expedido el 19 de octubre de 2017 en el cual se evidencia que al actor se le reconocía una partida de subsidio familiar equivalente al 23% conforme al decreto 1161 de 2014²⁸.

Según registro civil de matrimonio, el señor **Giraldo León** se encuentra casado con la señora Tanya Liseth Cuello Imbrechs desde el 15 de julio de 2010²⁹ y mediante

²⁵ Sección 2, Subsección B, radicado No 11001032500020100006500(0686-10), C.P. CESAR PALOMINO CORTES

²⁶ Pagina 6 archivo 10

²⁷ Ibidem

²⁸ Fl 42 01Cuaderno1

²⁹ Fl 45 01Cuaderno1

petición del 29 de septiembre de 2017, se solicitó al **Ejército Nacional** el reajuste y pago del subsidio familiar desde que contrajo matrimonio³⁰.

Con las pruebas que acaban de referirse y teniendo en cuenta el texto de la sentencia del 08 de septiembre de 2017, el Consejo de Estado precisó los efectos *ex tunc* de la decisión que declara la nulidad del Decreto 3770 de 2009. A continuación, el Juzgado cita el aparte correspondiente de la mencionada providencia:

Así, el efecto de esa declaratoria es que el acto derogatorio pierde validez y, por ende, las normas que fueron derogadas recuperen sus efectos jurídicos. Salvo cuando se presenten situaciones individuales consolidadas, evento en el cual le corresponderá al juez de conocimiento analizar los efectos de la nulidad, atendiendo las circunstancias particulares y concretas de cada caso. Por consiguiente, la declaratoria de nulidad de un acto administrativo que, a su vez, ha derogado expresa o tácitamente otras disposiciones, “revive” los preceptos derogados, es decir, produce el efecto de reincorporar tales normas al ordenamiento jurídico, dejando sin efectos su derogatoria. Esto es lo que se ha llamado “reviviscencia”. De acuerdo con lo dicho, la declaratoria de nulidad con efectos *ex tunc* del Decreto 3770 de 2009 revivió las disposiciones normativas contenidas en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, restituyendo sus efectos con el fin de evitar la existencia de vacíos normativos y, por ende, la inseguridad jurídica generada por la ausencia de regulación particular y específica respecto de situaciones jurídicas no consolidadas desde el momento de su promulgación hasta cuando fue subrogado por el Decreto 1161 de 2014, que permanece en vigor desde su entrada en vigencia hasta nuestros días, por cuanto que no ha sido expulsado del ordenamiento jurídico por ninguna de las vías legalmente establecidas...

De la decisión de esa Alta Corte se colige que, al declararse la nulidad del Decreto 3770 de 2009 hay dos consecuencias inmediatas: de un lado, que el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 cobra de nuevo vigencia y, del otro, que comoquiera que la situación jurídica del actor en relación con el reconocimiento del subsidio familiar no se encontraba consolidada, sobre la misma, la sentencia de nulidad con efectos *ex tunc*, tuvo efectos inmediatos

En efecto, la situación que da origen al pago del subsidio familiar, en este caso el matrimonio con la señora Cuello Imbrechs, no se consolidó con anterioridad a la

³⁰ Fls 35 a 37 01Cuaderno1

expedición del Decreto 1794 de 2000. El supuesto de hecho que autoriza el reconocimiento se presentó en vigencia de esta norma y por ello, conforme a lo indicado en la sentencia que acaba de citarse, es esta disposición la que debe regir el subsidio familiar solicitado.

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto administrativo demandado y se ordenará al **Ejército Nacional** que proceda a reconocer y pagar a favor del actor la partida de subsidio familiar conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, a partir del 15 de julio de 2010 y hasta la fecha de su retiro del servicio. Se deben descontar de este valor las sumas que ya le fueron canceladas por este concepto al señor **Giraldo León**, habida consideración que a partir de la vigencia del Decreto 1161 de 2014 se le reconoció, hasta la fecha de su retiro, la partida de subsidio familiar conforme a lo dispuesto en su artículo 1°.

En igual sentido, resulta procedente ordenar la liquidación de las prestaciones sociales que para su liquidación dependan del subsidio familiar, en los términos del Decreto 1794 de 2000, desde el 15 de julio de 2010 y en adelante.

Las diferencias resultantes, serán objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula, en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., utilizando la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada salarial, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas, de igual manera tales diferencias serán objeto de los descuentos de ley en materia de salud, pensión y demás que sean pertinentes.

Prescripción.

En relación con la prescripción de las sumas reconocidas, se debe anotar que el actor solamente tuvo una expectativa real frente al reconocimiento y pago del

subsidio familiar conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, a partir de la decisión judicial que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009; esto porque solo hasta ese momento dicha normativa cobró nuevamente vigencia luego de haber sido derogada 4 años atrás.

Como quiera que la petición se presentó el 29 de septiembre de 2017 y la demanda el 08 de junio de 2018³¹, deberá concluirse que en este caso no operó el fenómeno prescriptivo previsto en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

V. El no reconocimiento de la prima de actividad, no implica por sí mismo, una transgresión del derecho a la igualdad.

La prima de actividad encuentra su origen en la Ley 131 de 1961 “por la cual se crea una prima a favor del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”. Esta norma indicó:

Artículo 1° El personal de Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho a una prima de actividad igual al quince por ciento (15%) de su sueldo básico mensual. (...)

Según el Consejo de Estado³², la prima de actividad 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.

La prestación fue inicialmente reglamentada en los artículos 50 y 116 del Decreto 2337 de 1971 y posterior a ello, con el Decreto 612 de 1977 se reorganizó la carrera de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares disponiendo que la prima de actividad equivaldría al 33% del sueldo básico.

Bajo las pautas trazadas por el legislador, el ejecutivo ha fijado en varias normas lo concerniente a la prima de actividad dentro de las que se encuentran, con relevancia para el caso, el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, el artículo 68 del Decreto 1212 de 1990 y el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990 cuyo texto se transcribe a continuación:

³¹ FI 1 01Cuaderno1

³² Sentencia del Consejo de Estado — Sección Segunda, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. 16 de Abril de 2009. Radicación No. 25000-23-25-000-2002-10194-01(2137-07).

Decreto 1214 de 1990. Artículo 38. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima de actividad del veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones.

De este recuento normativo se observa que la prima de actividad se creó como una prestación a favor de los miembros activos de la fuerza pública en los grados de oficiales y suboficiales; después, se convirtió en factor de liquidación de la asignación de retiro en los términos y condiciones allí dispuestos.

5.1 El principio de igualdad en materia salarial.

El artículo 53 de la Constitución Política consagra la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. Este principio se encuentra estrechamente ligado con el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política; según el mismo, el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

En materia laboral se ha predicado que a trabajo igual corresponde la misma remuneración, premisa que indica que el derecho a la igualdad se predica entre iguales; no obstante, dicha premisa no es aplicable de manera estricta, pues en cada caso se debe analizar la identidad de supuestos de hecho.

Para tal efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha diseñado el test integrado de igualdad³³; este permite determinar si la diferencia de trato hacia algún sector de la población está constitucionalmente justificada. Esta herramienta está compuesta por tres etapas de análisis: i) criterios de comparación, esto es, determinar si se trata de sujetos de la misma naturaleza; ii) definir si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y; iii) concluir si la diferencia de trato está justificada constitucionalmente.

Para el caso, el señor **Alexander Giraldo León** estuvo vinculado al **Ejército Nacional**, como varias veces se ha mencionado, en calidad de soldado profesional³⁴ y a pesar de que se retiró el 29 de febrero de 2020, cuando se presentó la reclamación y se radicó este medio de control estaba en servicio activo; por ello, en atención al principio de acceso de administración de justicia, es dable realizar el análisis de la inclusión de esta prima en su sueldo básico.

³³ Sobre el test de igualdad, entre otras, ver las sentencias de la Corte Constitucional C-093 de 2001, C-250 de 2012 y C-015 de 2014.

³⁴ Página 6 archivo 10

Esta claro que, tal y como fue creada la prima de actividad, este reconocimiento no está contemplado para los soldados profesionales. Sin embargo, la parte actora solicita su reconocimiento aplicando la excepción de inconstitucionalidad de la norma a su favor, al considerar que esta disposición transgrede el derecho de igualdad en relación con los oficiales y sub oficiales del **Ejército Nacional**.

De acuerdo con lo pretendido, es necesario verificar si en efecto, el hecho de que el legislador no haya previsto esta prestación para los soldados profesionales transgrede el mencionado principio; para ello, el Juzgado se permite acudir al test de igualdad previsto por la Corte Constitucional que fuera realizado por el Consejo de Estado en sentencia del 24 de junio de 2021³⁵, en la que concluyó:

- La normativa que rige cada uno de los grupos de miembros de las Fuerzas Militares y personal Civil del Ministerio de Defensa parten de supuestos diferentes en cuanto a la aplicación del régimen salarial y prestacional, sin que ello constituya de manera alguna, una discriminación, porque cuando existen situaciones fácticas diferentes que ameritan tratamientos distintos, el legislador puede razonablemente regularlas de manera disímil.

Obsérvese que los criterios de diferenciación, en el presente caso, obedecen a factores prudentes que el mismo legislador ha previsto dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución. No son criterios arbitrarios y caprichosos, pues tratándose de grados diferentes para los cuales se requieren calidades y requisitos acordes con las exigencias de la carrera oficial, se justifica entonces la distinción salarial.

- Igualmente y de acuerdo con lo regulado en el artículo 2.º de la Ley 4ª de 1992, debe tenerse en cuenta que la remuneración de los miembros de la Fuerza Pública debe atender al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades. Es por eso que todos no pueden tener la misma retribución y prestaciones.

Así, al tratarse de un cuerpo jerarquizado, en donde existen diferentes funciones y responsabilidades, el artículo 53 de la Constitución Política impone una regla de proporcionalidad a las funciones que se desarrollan.

- Aunado a ello, se tiene que la prima de actividad se previó como una prestación a favor de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, que posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro, sin que con la misma se pretenda cubrir una condición especial a los beneficiarios de aquella, como, por ejemplo, ocurre en el caso del subsidio familiar.

³⁵ Sección Segunda, C.P William Hernández Gómez; exp 5170-19.

En orden a lo expuesto, el hecho de que a los soldados profesionales no se les hubiese incluido la prima de actividad en su régimen salarial y prestacional, como sí se hizo con los oficiales, sub oficiales y empleados públicos de las Fuerzas Militares, no implica la transgresión del principio de igualdad. Esta distinción se justifica por la naturaleza de las fuerzas militares y constituye un fundamento objetivo y razonable acorde con los fines perseguidos por la autoridad.

Coherentemente con lo expuesto, no se evidencia vulneración de los derechos constitucionales del señor **Giraldo León** y por ello, el Juzgado no está facultado para inaplicar la norma por inconstitucionalidad. Por tanto, habrá de negarse esta pretensión y en este sentido se declarará probada parcialmente la excepción “falta de fundamento de la demanda” y probada la denominada “inexistencia del derecho”.

6. Conclusión.

Luego de realizado el análisis correspondiente, la respuesta al primer problema jurídico planteado es que el accionante tiene derecho al reajuste del salario básico mensual en un 20% y al pago del subsidio familiar en los términos del Decreto 1794 de 2000; sin embargo, no tiene derecho al reconocimiento de la prima de actividad porque las normas que la excluyen no vulneran su derecho a la igualdad frente a los demás miembros de las Fuerzas Militares.

La decisión de reajustar su asignación mensual tiene incidencia en las prestaciones sociales que la toman como base de liquidación. Los efectos fiscales se reconocerán a partir del 29 de septiembre de 2013 por aplicación de la prescripción cuatrienal. El reajuste del subsidio familiar se reconoce a partir del 15 de julio de 2010 y tiene efectos en aquellas prestaciones que lo toman como base de liquidación.

V. Costas.

Con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condena en costas a la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso, por cuanto se evidenció la actividad del abogado de la parte actora efectivamente realizada dentro del proceso,

atendiendo los recientes pronunciamientos del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa³⁶.

Se fijan Agencias en derecho por el equivalente al 4% del valor de las pretensiones solicitadas³⁷

La liquidación de las costas, se efectuará por la Secretaría del Despacho en los términos señalados en el artículo 366 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero: Declárese **no probada** la excepción “prescripción trienal”, **parcialmente probada** la denominada “falta de fundamento de la demanda” y **probada** la de “inexistencia del derecho”.

Segundo: Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio 20173172186761 MDM-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER -1.10 del 06 de diciembre de 2017, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Tercero: A título de restablecimiento del derecho, **se condena** a la **Nación – Ejército Nacional** a reajustar en un 20% la asignación mensual del señor **Alexander Giraldo León**. El reajuste será reconocido en el periodo comprendido entre el 01 de noviembre de 2003 hasta la fecha de retiro del accionante, pero con efectos fiscales a partir del 29 de septiembre de 2013, por prescripción cuatrienal.

La reliquidación deberá incluir en un mismo porcentaje, las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías. La entidad deberá realizar los descuentos correspondientes de lo que hubiese pagado de acuerdo con lo informado en el oficio 20173172186761 MDM-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER -1.10 del 06 de diciembre de 2017.

³⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., 22 de febrero de 2018. Expediente N°: 250002342000201200561 02 (0372-2017).

³⁷ Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo 10554 de 2016, Artículo Quinto, Numeral 1. “En primera instancia, literal a) Numeral ii): De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.”

Cuarto: Declarar la prescripción del incremento del 20% de la partida computable de sueldo básico causadas a favor del señor soldado profesional ® **Alexander Giraldo León**, a partir del 01 de noviembre de 2003 hasta el 29 de septiembre de 2013, acorde con la parte motiva de la presente providencia

Quinto: Ordenar a la demandada **Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional** que proceda a reconocer y pagar a favor del actor, **Alexander Giraldo León**, la partida de subsidio familiar, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, a partir del 15 de julio de 2010 y hasta la fecha de su retiro, pudiendo descontar de este valor, las sumas que ya le fueran canceladas por este concepto. Lo anterior habida consideración que a partir de la vigencia del Decreto 1161 de 2014, se le reconoció hasta la fecha de su retiro, la partida de subsidio familiar conforme a lo dispuesto en su artículo 1°.

Sexto: Condenar a la **Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional** a pagar a favor del actor, las diferencias a que haya lugar, con ocasión de las prestaciones sociales que para su liquidación dependan del subsidio familiar, en los términos del Decreto 1794 de 2000, desde el 15 de julio de 2010 y en adelante.

Séptimo: Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del C.P.A.C.A., debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A.; es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor. Para el efecto la demandada tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales.

Octavo: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y pagará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Noveno: Negar las demás pretensiones de la demanda.

Décimo: Se condena en costas a la **Nación – Fiscalía General de la Nación**, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Las agencias en derecho serán canceladas en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia.

Décimo Primero: Expedir por Secretaría y a costa de los **interesados**, las copias auténticas que de esta providencia se requieran, conforme a los lineamientos establecidos en el artículo 114 del C.G.P.

Décimo Segundo: Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvase** los remanentes si los hubiere. **Archívense** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

Décimo Tercero: La presente sentencia queda notificada en estados de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A. Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

Pler/P.U

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
MANIZALES – CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

La providencia anterior se notifica en el Estado del 17 de junio de 2022

MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

Firmado Por:

Jackeline Garcia Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
007
Manizales - Caldas

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: **c0b9ecbd14d5a0cf0a90add974620703b83cb3657d827d6a8af9ea3361aef6db**

Documento generado en 16/06/2022 04:25:22 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
MANIZALES

Manizales, dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022)

Sentencia Nro.: 99/2022
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor(a): Julvia Salazar Rodríguez
Accionado: Nación Ministerio de Educación Fondo de
Prestaciones Sociales del Magisterio.
Radicado: 17-001-33-39-007-2018-00290-00
Instancia: Primera

En los términos del inciso final del numeral 1° artículo 182 A de la Ley 1437, procede el despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia. Para el efecto se tendrá en cuenta lo precisado en la audiencia inicial respecto a las excepciones y la fijación del litigio.

ANTECEDENTES:

I. La demanda.

Por intermedio de apoderado judicial, la señora **Julvia Salazar Rodríguez** en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandó a la **Nación Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** solicitando lo siguiente¹:

DECLARACIONES:

¹ Fls 14 y 15 01Cuaderno1

1. Declarar la nulidad parcial de la actuación administrativa contenida en la Resolución No 04954 del 11 de octubre de 2011 “POR MEDIO DE LA CUAL SE RECONOCE Y ORDENA EL PAGO DE UNA PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN”, y de la Resolución NO 01836-6 del 03 de marzo de 2016, “por medio de la cual se Reconoce y Ordena el pago de una Reliquidación Pensional”, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional sin incluir LA PRIMA DE SERVICIOS Y LA BONIFICACION POR SERVICIOS PRESTADOS de acuerdo a la sentencia proferida por el <tribunal administrativo de caldas.
2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague la Pensión Ordinaria de Jubilación, incluyendo los factores salariales PRIMA DE SERVICIOS Y LA BONIFIACION POR SERVICIOS PRESTADOS a partir del 18 de abril de 2011, (fecha status pensionado).

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

1. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que le reconozca y pague una reliquidación de la Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 18 de abril de 2011 (fecha de adquisición del estatus), incluyendo los factores salariales PRIMA DE SERVICIOS Y LA BONIFICACION POR SERVICIOS PRESTADOS, reconocidos en la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Calas de fecha 27 de febrero de 2014.
2. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política Colombiana y la ley.
3. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que realice efectúe el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación de derecho hasta la inclusión en la nómina del (la) pensionado (a). Que el pago del incremento se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
(...)

Las anteriores pretensiones se fundamentan en siguientes aspectos fácticos:

La señora **Julvia Salazar Rodríguez** prestó sus servicios como docente oficial y cumplió con los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación, lo cual se efectuó con Resolución 04954 del 11 de octubre de 2011. La accionante adquirió el estatus el 18 de abril de 2011, pero se retiró del servicio el 31 de diciembre de 2014.

Con sentencia del 27 de febrero de 2014, el Tribunal Administrativo de Caldas reconoce a favor de la accionante la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados a partir del 13 de junio de 2005; estos factores salariales debieron reconocerse como base de la liquidación pensional.

Concepto de violación.

De acuerdo con el régimen prestacional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, quienes se vincularon con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, le son aplicables las pautas del régimen de la Ley 91 de 1989. Si la vinculación es posterior, el régimen aplicable en materia pensional es la Ley 100 de 1993.

En este caso, debe aplicarse la Ley 91 de 1989 y demás disposiciones complementarias; así, la Ley 33 de 1985 no describe de manera taxativa los factores salariales que conforman la base para calcular la pensión, sino todo aquello que sirvió de base para realizar los aportes durante el último año de servicios.

La reglamentación aplicable en cuanto a factores salariales para la pensión de jubilación está en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978. De acuerdo a la jurisprudencia aplicable, concluye que las primas y bonificaciones que percibía la docente deben incluirse en la base pensional.

II. Trámite procesal

Mediante Auto del 09 de mayo de 2022, el Juzgado analizó la procedencia de dictar sentencia anticipada, fijó el litigio, incorporó las pruebas obrantes en el proceso y dispuso el traslado para que las partes presentaran sus alegatos de conclusión².

² Archivo 04

III. Actuación de la parte demandada

De acuerdo con lo expuesto en auto del 09 de mayo de 2022, se tuvo por no contestada la demanda por la **Nación Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

IV. Alegatos de conclusión.

Parte demandante³. Reitera que el régimen pensional aplicable a la señora **Salazar Rodríguez** es el contenido en la Ley 91 de 1989 y demás disposiciones complementarias.

Para el caso, la accionante devengó bonificación por servicios prestados y sobre esta prestación se descontaron los aportes de ley correspondientes. Resalta la obligación del empleador de efectuar los aportes con base a los factores salariales establecidos en la ley; la carga de demostrar que éstos se realizaron no puede trasladarse al servidor público.

Con base en lo expuesto solicita se accedan a las pretensiones en cuanto a la bonificación por servicios prestados se refiere.

Parte accionada. No presentó alegatos de conclusión.

Ministerio Público: La Procuraduría Judicial adscrita a este Juzgado, no intervino durante esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

I. Problema y análisis jurídico.

De conformidad con lo expuesto en la fijación del litigio, el problema jurídico a resolver es el siguiente:

¿Es procedente la inclusión de la prima de servicios y la bonificación por servicios como base de liquidación de la prestación pensional?

¿Debe declararse la nulidad parcial de las Resoluciones No 04954 del 11 de octubre de 2011 y 01836-6 del de marzo de 2016?

³ Archivo 07

Sentando lo anterior, para la solución del problema jurídico planteado, se estudiarán los siguientes puntos:

i) Del régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales:

En virtud del proceso de implementación de la nacionalización de la educación (Ley 43 de 1975) se expidió la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: ello con el fin de atender, entre otras, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados. En estas disposiciones también se señaló la manera cómo la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional del personal docente.

La referida Ley 91 de 1989, en el artículo 15, dispuso que los docentes nacionales y los que se vinculan a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales, se regirían por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o los que se expidan en el futuro. Por su parte, frente a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, estableció que éstos mantendrían el régimen vigente que tenían en la respectiva entidad territorial. La misma norma, unificó para los docentes nacionales y nacionalizados el porcentaje de la pensión, al paso que equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional.

A la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, el régimen pensional vigente y que regulaba de manera general y ordinaria a los empleados del sector oficial, es el consagrado en la Ley 33 de 1985. Dicha ley en su artículo 1º estableció que el empleado oficial tendría derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio base para los aportes durante el último año de servicio, siempre que prestara o hubiere prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y tuviera 55 años de edad. Así mismo, exceptuó de su aplicación cuatro supuestos, que conforman un régimen de transición a saber:

1) Los empleados oficiales que trabajaran en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

2) Los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hubieran cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, a quienes se continuarán aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la ley.

3) Los empleados oficiales que con veinte (20) años de labor continua o discontinua, se hallaran retirados del servicio, quienes tendrían derecho cuando cumplieran cincuenta (50) años de edad, si eran mujeres, o cincuenta y cinco (55) si eran varones, a una pensión de jubilación que se reconocería y pagaría de acuerdo con las disposiciones que regían al momento de su retiro.

4) Los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de la ley hubieran cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, quienes continuarán rigiéndose por las normas anteriores a ella.

Por otra parte, el inciso 2º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social cuando expresó:

Así mismo, se exceptúan a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración (...)

En esas condiciones, si el régimen de seguridad social en materia de pensión no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

Finalmente, el inciso primero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, previó que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encontraran vinculados al servicio público educativo oficial, sería el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley.

ii) Los factores salariales para efectos de fijar el ingreso base de liquidación.

En lo que respecta al tema objeto de debate, es decir, los factores para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación, la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, en su artículo 3º estableció en esencia lo siguiente: i) Todos los empleados oficiales deben pagar aportes a las

Cajas a las cuales se encuentren afiliados, ii) Los aportes se pagan sobre los factores remunerativos que allí se enlistan y iii) Las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidan sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Respecto al ingreso base de liquidación de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición que se pensionen bajo las condiciones de Ley 33 de 1985 la sección segunda, del Consejo de Estado, Consejero Ponente César Palomino Cortés, en Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019, del 25 de abril de 2019⁴, determinó de forma clara y precisa los factores que integran el ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación y de vejez de los servidores públicos vinculados al servicio docente. En esa oportunidad se concluyó que de acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial.

La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

c. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

⁴ Expediente 680012333000201500569-01 (0935-17)

Así las cosas, con fundamento en el citado pronunciamiento de unificación, así como en la jurisprudencia de unificación de la Segunda del Consejo de Estado, que resulta de obligatorio acatamiento por parte de esta juzgadora, se acogerá la postura planteada por el máximo Tribunal Contencioso Administrativo; sólo los factores enunciados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 sobre los que se haya realizado el aporte o cotización, pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

ii) Caso concreto.

Se pretende la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora **Julvia Salazar Rodríguez** mediante Resolución 4954 del 11 de octubre de 2011⁵ y reliquidada con Resolución 1836-6 del 03 de marzo de 2016⁶. Para liquidar la prestación pensional se tuvieron en cuenta los siguientes factores salariales: sueldo mensual, prima de navidad, prima de vacaciones, subsidio de alimentación y bonificación decreto 1566 de 2014.

Conforme la certificación aportada como prueba dentro de este expediente⁷ la accionante también devengó prima de servicios y de acuerdo a la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas del 27 de febrero de 2014⁸, se reconoció el pago de la prima de servicio y la bonificación por servicios prestados que se causaron a favor de la accionante con posterioridad al 13 de junio de 2005.

Frente a los factores salariales cuya inclusión se reclama se deja claro que la demandante se vinculó como docente oficial el 02 de marzo de 1979⁹; es decir, que tal y como lo sostiene la más alta corporación de esta jurisdicción, el régimen pensional aplicable está contenido en la Ley 62 de 1985 y disposiciones complementarias.

Con respecto a la prima de servicios, su inclusión como factor salarial no es procedente. Esta prestación está regulada por el artículo 5 del Decreto 1545 de 2013 y no fue contemplada por el legislador para la liquidación de la pensión. Mientras que esta norma es específica para el personal docente, el Decreto 1045 de 1978 citado en la demanda, es aplicable a los empleados públicos y trabajadores oficiales; por ello, debe darse aplicación a la norma especial y no al

⁵ Fls 20 y 21 01Cuaderno1

⁶ Fl 22 01Cuaderno1

⁷ Fl 28 01Cuaderno1

⁸ Fls 43 a 50 01Cuaderno1

⁹ Resolución 4957 del 11 de octubre de 2011

segundo de los decretos mencionados, aunque en él si se tenga en cuenta la prima de servicios como base de liquidación de la pensión.

En lo que concierne a la bonificación por servicios prestados, de acuerdo con la Ley 62 de 1985 expresamente se encuentra contemplada como base para la liquidación de aportes. Como lo reconoce la sentencia de unificación del Consejo de Estado ya mencionada en esta providencia, este es un factor salarial que debe incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación tal y como lo solicita la parte actora.

Conforme con lo establecido hasta este momento, se declarará la nulidad parcial de las Resoluciones 4954 del 11 de octubre de 2011 y 1836-6 del 03 de marzo de 2016; esta decisión se adopta porque para liquidar la prestación, no se incluyó la bonificación por servicios prestados devengada en el último año anterior en el que la demandante prestó sus servicios como educadora.

III. Restablecimiento del derecho.

Encontrándose demostrado que la demandante **Julvia Salazar Rodríguez** le asiste el derecho a la reliquidación pensional con la inclusión de la bonificación por servicios prestados devengada durante su último año de servicios, procede el restablecimiento de su derecho.

En consecuencia, se **ordenará a la Nación Ministerio de Educación – Fondo de Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, pagar las sumas de dinero dejadas de percibir; estas son equivalente a la diferencia entre lo efectivamente recibido como pensión y lo que en derecho corresponde al liquidarse la pensión con base en lo establecido en esta providencia. Para el efecto, la entidad accionada deberá reliquidar la pensión de la señora **Salazar Rodríguez** tomando como factor la bonificación por servicios prestados.

Tales sumas serán canceladas de acuerdo con lo antes expresado y hasta que se haga efectiva la reliquidación, en los términos fijados por los artículos 187 y 192 del C.P.A.C.A.; serán debidamente indexadas conforme al artículo 187 del mismo estatuto procesal; es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta esta fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En donde R se determina multiplicando el valor histórico RH que es lo dejado

de percibir por la parte demandante por concepto de pensión de jubilación desde la fecha del primer pago de ésta, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, y vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió de hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice final es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos. El pago de las diferencias opera a partir del 31 de diciembre de 2014, fecha del retiro del servicio según Resolución No 1836-6 del 03 de marzo de 2016.

Así mismo, se ordenará a la accionada a emitir una nueva resolución en la que liquide los reajustes y los descuentos de ley, demás operaciones, y compensaciones contables a que haya lugar, conforme a lo anteriormente expuesto.

IV. Prescripción.

En torno al tema, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa lo siguiente:

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y 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.

En el caso, la Resolución 1836-6 del 03 de marzo de 2016, por medio de la cual se ordena el pago de una reliquidación pensional fue notificada el 17 de marzo del mismo año¹⁰; teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 27 de junio de 2018¹¹, entre la notificación del acto administrativo y el momento en que se instauró el medio de control no transcurrieron los tres años de que trata la norma anteriormente transcrita.

V. Cumplimiento de la sentencia.

¹⁰ Página 26 archivo 01

¹¹ Pagina 2 archivo 01

La demandada cumplirá la presente providencia en la forma y términos de los artículos 187, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

VI. Costas.

Con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condena en costas a la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso, por cuanto se evidenció la actividad del abogado de la parte actora efectivamente realizada dentro del proceso, atendiendo los recientes pronunciamientos del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹².

Se fijan Agencias en derecho por el equivalente al 4% del valor de las pretensiones solicitadas¹³

La liquidación de las costas, se efectuará por la Secretaría del Despacho en los términos señalados en el artículo 366 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero: Declarar la nulidad parcial de las Resoluciones 4954 del 11 de octubre de 2011 “Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación” y 1836-6 del 03 de marzo de 2016, “Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una reliquidación pensional de jubilación”.

Segundo: Como consecuencia de tal nulidad, a título de restablecimiento del derecho, se **ordena** a la **Nación Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, reliquidar la pensión de jubilación de la señora **Julvia Salazar Rodríguez** tomando en cuenta la **bonificación por servicios prestados** devengada en el último año servicios, conforme lo indicado en la parte motiva de la sentencia.

¹² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., 22 de febrero de 2018. Expediente N°: 250002342000201200561 02 (0372-2017).

¹³ Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo 10554 de 2016, Artículo Quinto, Numeral 1. “En primera instancia, literal a) Numeral ii): De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.”

El pago de las diferencias en favor de la demandante opera a partir del 31 de diciembre de 2014, fecha a partir de la cual fue retirada del servicio.

Las sumas reconocidas se actualizarán conforme con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir, mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes, incluyendo los descuentos por aportes que no hubiere efectuado la parte demandante

Tercero: Ejecutoriada la presente providencia, por la **Secretaría** se dará cumplimiento a lo previsto en el inciso final de los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

Cuarto: Negar las demás pretensiones de las demandas por lo expuesto en esta providencia.

Quinto: Expedir por Secretaría y a costa de los **interesados**, las copias auténticas que de esta providencia se requieran, conforme a los lineamientos establecidos en el artículo 114 del C.G.P.

Sexto: Se condena en costas a la parte demandada (Nación – Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio). La demandada pagará las Agencias en Derecho en los montos señalados en la parte motiva de esta providencia.

La liquidación de las costas, se efectuará por la Secretaría del Despacho en los términos señalados en el artículo 366 del C.G.P.

Séptimo: Ejecutoriada esta providencia, **Liquidense** los gastos del proceso, **devuélvase** los remanentes si los hubiere y **archívense** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia XXI.

Octavo: La sentencia queda notificada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del C.P.A.C.A., y contra ellas procede el recurso de apelación en la forma prevista en el artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

Pfcr/ P.U

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
MANIZALES – CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

La providencia anterior se notifica en el Estado del 17 de junio de 2022

MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

Firmado Por:

Jackeline Garcia Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
007
Manizales - Caldas

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: **8888af621e727cdc12f40874d25debf4ca688d946b7594608753bcada5dc0540**

Documento generado en 16/06/2022 04:25:19 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
MANIZALES

Manizales, dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022)

Sentencia Nro.: **98/2022**
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor(a): Edilma Gómez Cárdenas
Accionado: Nación Ministerio de Educación Fondo de
Prestaciones Sociales del Magisterio.
Radicado: 17-001-33-39-007-2020-00134-00
Instancia: Primera

En los términos del inciso final del numeral 1° artículo 182 A de la Ley 1437, procede el despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia. Para el efecto se tendrá en cuenta lo precisado en la audiencia inicial respecto a las excepciones y la fijación del litigio.

ANTECEDENTES:

1. La demanda

Por intermedio de apoderado judicial la señora **Edilma Gómez Cárdenas**, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandó a la **Nación Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** solicitando lo siguiente¹:

1

DECLARACIONES

1. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 10 DE OCTUBRE DE 2019, frente a la petición presentada el día 10 DE JULIO DE 2019, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los SETENTA (70) DÍAS hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la **NACION-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los SETENTA (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

CONDENAS

1. Condenar a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-**, a que se le reconozca y pague la SANCION POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día retardo, contados desde los SETENTA (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Que se ordene a la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-** dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) (...)

3. Condenar a la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-** al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que

haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCION MORATORIA referida en el numeral anterior, 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 que ponga al presente proceso.

4. (...)

En cuanto a los hechos expuestos por la parte actora se tiene:

De acuerdo con la Ley 91 de 1989, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es quien tiene competencia para el pago de cesantías de los docentes de los establecimientos educativos de carácter oficial.

La señora **Gómez Cárdenas** solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías el 05 de octubre de 2018; la prestación fue reconocida mediante Resolución 869 del 21 de noviembre de 2018 y cancelada el 25 de febrero de 2019.

Entre la fecha de solicitud de cesantías y el pago de la prestación, transcurrieron 35 días hábiles; por ello, se ha causado el pago de la sanción por el no pago oportuno. Se solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria; sin embargo, la administración respondió negativamente en forma ficta.

2. Trámite procesal

Mediante Auto del 23 de mayo de 2022², el Juzgado analizó la posibilidad de dictar sentencia anticipada, fijó el litigio, incorporó las pruebas documentales y corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.

Vencido el término de traslado de alegatos, el proceso ingresó a Despacho para proferir sentencia escrita.

3. Actuación de la parte demandada.

En la providencia del 23 de mayo de 2022, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la Nación **Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

4. Alegatos de conclusión.

² Archivo 17

Parte demandante³. Ratifica las pretensiones y argumentos de la demanda citando ampliamente jurisprudencia relacionada con el tema.

Parte demandada⁴. Señala que, aunque los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas son expedidos por la Secretaria de Educación, ello no implica que el pago sea inmediato. El desembolso de recursos se sujeta a un turno de disponibilidad presupuestal en virtud del principio constitucional de legalidad en el gasto público.

Sostiene que debe analizarse la conducta del ente territorial encargado en expedir el acto de reconocimiento de la prestación y aún si se prohiriera sentencia en su contra, la Fiduprevisora S.A. como vocera del fondo solo es responsable del pago de las prestaciones económicas de los docentes y no cuenta con partida presupuestal para este tipo de pretensiones.

En caso de condena en costas solicita tener un criterio subjetivo basado en la buena fe de la entidad y en ese sentido denegar esta pretensión y argumenta que la figura de indexación y sanción moratoria son incompatibles.

Finaliza su intervención indicando que el 8 de noviembre de 2021 canceló la sanción moratoria reconociendo un valor a favor de la demandante equivalente a \$ 2.725.063, aportando certificado de pago expedido por Fiduprevisora S.A.

Ministerio Público. No presentó concepto para este medio de control.

CONSIDERACIONES

I. Problema y análisis jurídico.

De conformidad con lo expuesto en auto del 23 de mayo de 2022, el problema jurídico a resolver se concreta en los siguientes interrogantes:

¿Adolece de nulidad por los cargos expuestos en la demanda el acto ficto o presunto originado con la petición del 10 de julio de 2019?

¿Le asiste derecho a la demandante a que por parte del FOMAG se le reconozca y pague la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías?

³ Archivo 20

⁴ Archivo 16

Para el estudio del problema jurídico principal, el Despacho considera necesario abordar los siguientes problemas jurídicos asociados:

- 1) ¿Cuál es el carácter de la cesantía y el objeto de la sanción moratoria?;
- 2) ¿Cuál es el régimen aplicable a los docentes regulados por la Ley 91 de 1989, para el reconocimiento y pago de las cesantías?

2. PREMISAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

2.1. El carácter prestacional de las cesantías y la finalidad de la sanción moratoria por su pago tardío:

El régimen laboral colombiano consagra unas garantías y beneficios de contenido económico a favor de los trabajadores llamadas: *prestaciones sociales*, las cuales, si bien no constituyen salario porque no corresponden técnicamente a una remuneración por su trabajo, sí lo complementan y hacen referencia a una contraprestación que debe asumir el empleador con la finalidad de cubrir los riesgos a los que está expuesto el trabajador.

Dentro de las mencionadas prestaciones se encuentra el auxilio de cesantía, la cual ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional como un derecho irrenunciable de todos los trabajadores que debe asumir el empleador, con el doble fin de que el empleado pueda atender sus necesidades mientras permanece cesante y además pueda, en caso de requerirlo, satisfacer otros requerimientos importantes como vivienda y educación. En la sentencia C-310 de 2007, la Corte Constitucional señaló que *“la cesantía consiste en una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca, 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 cesantía-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda”*.

Atendiendo este carácter, las normas laborales han dispuesto un término perentorio para que los empleadores consignen el valor de esta prestación social, so pena de incurrir en una sanción moratoria, teniendo en cuenta que el retardo del empleador causa un daño económico al trabajador, bien sea por la pérdida de la oportunidad de utilización efectiva de los fondos o por la necesidad de contratar créditos mientras se produce el desembolso.

La Corte Constitucional en sentencia SU-400 del 28 de agosto de 1997, sostuvo que el retardo en el pago de las cesantías genera una pérdida del poder adquisitivo de

aquella, y que es por ello que dicho deterioro debe ser asumido por el patrono y no por el trabajador.

2.2. Régimen aplicable a los docentes regulados por la Ley 91 de 1989, para el reconocimiento y pago de las cesantías:

La Ley 91 de 1989 *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, regula lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales.

En su artículo 1º, distingue a los docentes nacionales de los nacionalizados, en el sentido de que los primeros, son los que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional, y los segundos, son los que se vinculan por nombramiento de la entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 43 de 1975 ⁵.

Por su parte, el Numeral 1º de su artículo 15 establece, que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, se regirá de la siguiente manera: los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes, y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para los mismos efectos, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.

De acuerdo con el artículo 15 numeral 3 de la ley 91 de 1989, de manera particular, en lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y frente a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se dispuso que se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

⁵ **Ley 43 del 11 de diciembre de 1975** *“Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”*. **Artículo 10º.-** *“En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional”*.

Por su parte, 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 DAN TÉRMINOS PARA SU CANCELACIÓN, en el artículo 2º estableció de la siguiente forma su ámbito de aplicación:

Artículo 2. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro." (Subrayas del Despacho).

La misma ley, en cuanto al término para dar respuesta a la solicitud de cesantías parciales o definitivas dispuso:

"Artículo 4º. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

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

Artículo 5º. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

Ahora bien, en sentencia de unificación de fecha 18 de julio de 2018⁶ el Consejo de Estado, definió las siguientes reglas jurisprudenciales para dar solución a los problemas jurídicos relacionados con el reconocimiento de sanción por mora en el sector docente:

*“3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.*

*3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.*

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley⁷ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

*195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.*

*1.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.*

⁶ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

⁷ Artículos 68 y 69 CPACA.

3.5.4 *Sentar jurisprudencia*, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA." (Resaltado original)

Así las cosas, en los casos de docentes oficiales por tratarse de **servidores públicos**, la moratoria en el pago de las cesantías se rige por el procedimiento contemplado en la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, por lo que luego de presentada la solicitud, la Entidad cuenta con 15 días máximo para expedir la resolución de liquidación de las cesantías definitivas y/o parciales, 10 días de ejecutoria y 45 días hábiles para el pago, luego de los cuales empezará a correr la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. Cobra relevancia indicar sobre este aspecto, que la ley no hace diferencia en los términos de reconocimiento de la cesantía y en este aspecto no interesa si se trata de retiro parcial o retiro definitivo; para ambos casos, el trámite tiene establecidos exactamente los mismos tiempos.

Quiere decir lo anterior, que una vez transcurridos 70 días hábiles⁸ desde la presentación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas, sin que se haya realizado su pago efectivo, se causa el derecho a recibir la indemnización por mora, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo.

3. Caso concreto.

La demandante **Edilma Gómez Cárdenas** en su calidad de docente, solicitó el reconocimiento y pago de **cesantías** el 05 de octubre de 2018⁹. Según copia del comprobante, el dinero fue puesto a disposición de la demandante el 25 de febrero de 2019¹⁰.

De acuerdo con lo anterior, concluye el Despacho que los setenta (70) días hábiles posteriores a la fecha en que fue radicada la solicitud, previstos para el reconocimiento y pago de la prestación social (Cesantía), se cumplieron así:

⁸Artículo 76 del C.P.A.C.A. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de **los diez (10) días siguientes** a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez (...).

⁹ Página 22 archivo 02

¹⁰ Página 26 archivo 02

Fecha vencieron 70 días	Fecha del pago	Período en el que ha de aplicarse la sanción moratoria a título de restablecimiento
21/01/2019	25/05/2019	Del 22 de enero al 24 de febrero de 2019.

De las pruebas allegadas se infiere claramente que la accionada incurrió en mora al abstenerse de pagar oportunamente las cesantías solicitadas; por esta razón acceder a las pretensiones no equivale a un detrimento patrimonial como lo plantea el **Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, se trata de reconocer un derecho que se originó en su omisión.

Finalmente, es oportuno indicar que la solicitud de cesantías es anterior a la vigencia de la Ley 1955 de 2019¹¹; por ello, no se analizará la conducta del ente territorial en cuanto al posible incumplimiento de los plazos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías de la Secretaría de Educación a la entidad accionada.

4.Prescripción

Respecto al reconocimiento de la sanción moratoria, es pertinente hacer alusión al tema de la prescripción de los derechos salariales y prestacionales sobre los cuales el Consejo de Estado se ha pronunciado recientemente¹²:

(...) Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”.

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las

¹¹ 25 de mayo de 2019

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Subsección A. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 27001-23-33-000-2013-00188-01(0810-14).

disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

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

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

En el presente caso no se configura la prescripción trienal de la sanción moratoria reconocida a favor de la demandante, como quiera que entre la fecha en la cual se hizo exigible su pago, esto el 25 de febrero de 2019 y la fecha de presentación de la reclamación administrativa el 10 de julio de 2019¹³, no transcurrieron más de tres años conforme a lo establecido en la norma transcrita.

5. Restablecimiento del derecho

A título de restablecimiento del derecho, La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá cancelar a la demandante la indemnización moratoria establecida en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago y en los términos expuestos de manera precedente. La sanción será

¹³ Página 18 archivo 02

liquidada con la asignación básica vigente a la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público.

La sanción será liquidada con la asignación básica vigente a la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público, en caso de mora en el pago de cesantías definitivas, o con la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, en caso de mora en el pago de cesantías parciales, sin que varíe por la prolongación de la mora en el tiempo. Para el caso concreto la liquidación se debe realizar con la asignación básica del año 2019. Lo anterior si hubiere lugar, teniendo en cuenta que la accionada ha demostrado haber cancelado el valor de \$ 2.725.063.

6. Indexación

Frente a este punto combine indicar que el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción en Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018, ya citada en esta providencia, sentó jurisprudencia iterando la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria.

No obstante, cabe resaltar que la expresión "*Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.*", fue nuevamente estudiada por el Consejo de Estado a través de Sentencia del 26 de agosto de 2019, con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez. En esa ocasión se precisó que si bien no era posible la indexación de la sanción por mora mientras ésta se estaba causando, ello no era óbice para dar aplicación al artículo 187 del C.P.A.C.A. una vez constituido el valor total de la sanción moratoria; se trata de una cantidad líquida de dinero, concluyendo que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente:

- 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 si es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia - art. 187 - y
- c) una vez quede ejecutoriada la condena, no procede indexación, sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

Como conclusión, observa esta Sede Judicial que si bien conforme la sentencia de unificación en cita, es improcedente la indexación de la sanción moratoria, tal

improcedencia sólo se predica durante el tiempo en que ésta se esté causando. Una vez cesada y generado el valor total de la sanción moratoria, tal suma debe ajustarse con base en el IPC conforme lo dispone el 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente en que cesó la causación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia; una vez en firme el fallo lo que se origina son los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 de la misma codificación.

Por lo expuesto, este despacho acogerá el último pronunciamiento de la Alta Corporación frente a la interpretación que debe darse a la expresión (...) ***Sentar jurisprudencia***, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA; contenida en la Sentencia de Unificación No. 00580 de 18 de julio de 2018.

Por ende, la suma reconocida por concepto de sanción moratoria deberá ser indexada conforme al artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, a partir del día siguiente en que cesó la acusación y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, es decir, actualizada mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula siguiente:

$$R = RH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En donde R se determina multiplicando el valor histórico RH que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de pensión de jubilación desde la fecha del primer pago de ésta, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, y vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió de hacerse el pago.

7. Conclusión

En virtud de lo ampliamente expuesto en la presente providencia, el Despacho considera que a la demandante le asiste el derecho a obtener el pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006. La razón radica en que está acreditada la tardanza en la que incurrió la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en proceder al reconocimiento y pago de las cesantías a las que tenían derecho.

En tal virtud, queda evidentemente desvirtuada, la presunción de legalidad de la actuación administrativa discutida en el presente caso; siendo por tanto necesario

declarar su nulidad.

8. Cumplimiento de la sentencia:

La demandada –Nación – **Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** deberá cumplir la presente providencia en la forma y términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

9. Costas

Con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condena en costas a la parte demandada **Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso, por cuanto se generaron gastos procesales y se evidenció la intervención del apoderado judicial de la accionada en cada una de las etapas del proceso.

Ello conforme con recientes pronunciamientos del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁴, en donde se advierte la necesidad de atender al criterio objetivo-valorativo al momento de estudiar sobre la imposición de costas. Se fijan Agencias en derecho por el equivalente al 4% del valor de las pretensiones reconocidas en esta sentencia¹⁵.

La liquidación de las costas, se efectuará por la Secretaría del Despacho en los términos señalados en el artículo 366 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Declarar la nulidad del acto ficto o presunto originado en el silencio administrativo negativo derivado de la petición presentada el 10 de julio de 2019 por la señora **Edilma Gómez Cárdenas**.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., 22 de febrero de 2018. Expediente N°: 250002342000201200561 02 (0372-2017).

¹⁵ Según el Acuerdo No. PSAA-10-554 de 2016 que rige para los procesos iniciados a partir de su vigencia.

Segundo: A título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a que reconozca y pague a la demandante la sanción por mora contenida en el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de mora, **del 22 de enero al 24 de febrero de 2019, inclusive**, tal y como quedó definido en la parte motiva de la providencia. La sanción será liquidada con la asignación básica vigente en el año 2016 y se deberán realizar los descuentos o compensaciones contables a que haya lugar por pagos parciales o totales.

Las sumas reconocidas se actualizarán conforme con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir, mediante la aplicación de los ajustes de valor, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la presente sentencia, para lo cual la demandada tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: La Nación Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio **dará** cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del CPACA, **previniéndose** al parte demandante de la carga prevista en el inciso 2º del artículo 192 ibídem.

Cuarto: Ejecutoriada la presente providencia, por la **secretaría** se dará cumplimiento a lo previsto en el inciso final de los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

Quinto: A costa de la parte interesada, expídanse las copias auténticas que solicite de esta providencia, teniendo en cuenta la Secretaría los lineamientos del artículo 114 del C.G.P.

Sexto: se condena en costas y agencias en derecho a la parte demandada Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso.

Séptimo: Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvanse** los remanentes si los hubiere y **archívense** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Octavo: La presente sentencia queda notificada de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A.

Noveno: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del C.P.A.C.A.

Décimo: No se acepta la sustitución de poder a la abogada Darlyn García Rodríguez como apoderada de la Nación Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por cuanto no fue allegado el poder general otorgado a favor de Luis Alfredo Sanabria Ríos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

Plcr/ P.U

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
MANIZALES – CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

La providencia anterior se notifica en el Estado del 17 de junio de 2022

MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

Firmado Por:

Jackeline Garcia Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
007
Manizales - Caldas

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: **3a9bf607592492d51a5041e45942920520eefb2d8081f06ce84428bf88968f9c**

Documento generado en 16/06/2022 04:25:21 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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