

13001-33-33-005-2013-00601-01

Cartagena de Indias D. T. y C., nueve (9) de octubre de dos mil veinte (2020)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-005-2013-00601-00
Accionante	ENAN FRANCISCO PADILLA PEREZ
Accionada	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
Tema	INCLUSIÓN EN LA LIQUIDACIÓN DE PENSIÓN EL FACTOR SALARIAL ESTABLECIDO COMO BONIFICACIÓN JUDICIAL.
Magistrada Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

TURNO AL DESPACHO: 13 DE MAYO DE 2019

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha seis (06) de octubre de dos mil diecisiete (2017)¹, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA².

1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

- El señor ENAN FRANCISCO PADILLA PEREZ, venía desempeñándose como Juez 175 de Instrucción Penal Militar adscrito a la Policía Metropolitana de Cartagena y por cumplir derecho a pensión presentó la correspondiente renuncia.
- Mediante Resolución N° 4125 proferida el 16 de noviembre de 2010, la Secretaria General del Ministerio de Defensa Nacional, Director de Veteranos y Sectorial, el demandante fue pensionado por dicha entidad en cuantía \$ 3.725.109.00, equivalente al 75% de los factores salariales, a partir del 26 de julio del 2010.

¹ Folios 191-195 cdr.1

² Folios 1-10 cdr.1

13001-33-33-005-2013-00601-01

- Sin embargo, al liquidar la pensión solo se tuvo en cuenta el sueldo básico 1/12 parte de la bonificación por servicios prestados, 1/12 parte de la prima de servicio anual, 1/12 parte de la prima vacacional y 1/12 parte de la prima de navidad.
- En la citada pensión, no se incluyó el factor salarial correspondiente a la denominada bonificación de actividad judicial, factor que debía ser incluido por venir establecido desde el año 2008 por Decreto 3900 de 2008.

1.2. Las pretensiones de la demanda

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad del oficio N° OF113 380- MDSGAGPS-1.10/15-01-2013, proferido por la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional.

A título de restablecimiento del derecho se solicita que:

- I) La Nación Ministerio de Defensa Nacional, acceda a reliquidar la pensión de jubilación
- II) Que se condene a la parte demandada a reconocer, liquidar y pagar retroactivamente los dineros que como consecuencia de la falta de inclusión en la pensión del señor ENAN FRANCISCO PADILLA PEREZ, del factor salarial correspondiente a la bonificación por actividad judicial, el cual dejaron de hacerse desde que se canceló la primera mesada hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia, por tratarse de pagos sucesivos deberán ser actualizadas mes a mes durante el lapso antes indicado
- III) Que se condene en costas a la parte demandada.

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes, artículos 1, 4, 6, 23, 29, 48, 53, 58, 221, 230 y 366 de la Constitución Política; Decreto 3131 de 2005, Decreto 3900 de 2008 artículos 1 y 2, Decreto 1214 de 1990 artículos 56 y 98; Decreto 57 de 1993; Ley 4 de 1992; Decreto 1401 de 2010; Decreto 1052 de 2011 y Decreto 850 de 2012.

El artículo 1 de la Constitución política establece que Colombia es un Estado Social de Derecho y se encuentra fundado en el respeto de la dignidad

13001-33-33-005-2013-00601-01

humana, en el trabajo y de todas las personas que la integran, con prevalencia del interés general, de acuerdo a que se encuentra organizada en forma unitaria, con autonomía de sus entidades territoriales, participativa y pluralista.

Ahora bien, el artículo 4 dispone que será deber de todos acatarnos a la Constitución y las leyes y obedecer y respetar a las autoridades, ya que la Constitución es la norma de normas, por tanto, si llegare a existir una incompatibilidad entre la constitución y otra ley o norma jurídica se deberán aplicar las disposiciones constitucionales.

Así mismo, el artículo 6 nos indica que serán responsables todos aquellos particulares ante las autoridades al momento de infringir la constitución y las leyes, igualmente los servidores públicos o por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

De igual forma el artículo 23 de la Constitución Política establece como derecho fundamental el derecho de petición, en el cual toda persona tiene derecho a presentar peticiones, ante cualquier entidad pública o privada.

Con respecto al artículo 29, sobre el debido proceso, este se deberá aplicar a todas aquellas actuaciones judiciales o administrativas, del cual mientras a una persona no se le haya declarado judicialmente culpable se presumirá inocente, ya que nadie podrá ser juzgado solamente conforme a las leyes preexistentes debido al acto que se le impute ante juez o tribunal competente.

En cuanto al artículo 48 de la norma, el cual establece como derecho la seguridad social, de carácter obligatorio y se presta bajo control y coordinación por parte del Estado, es un servicio público con principios de eficiencia, solidaridad y universalidad.

De manera que el artículo 53, señala la protección del trabajo y de los trabajadores, todos deberán tener igualdad de oportunidades, una remuneración al mínimo vital, una estabilidad de empleo, garantía a la seguridad social, y una protección especial al trabajador ya sea menor de edad, mujer, o a la maternidad; en la cual el Estado deberá garantizar un pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales.

De este modo, el artículo 58, garantiza los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, la cual no podrán ser desconocidas o vulnerados por leyes posteriores, cuando resultaren en conflicto los derechos de los particulares,

13001-33-33-005-2013-00601-01

el interés privado deberá ceder al interés público o social; de la cual el estado deberá proteger las formas asociativas y solidarias de la propiedad.

Desde otro punto de vista el artículo 221, al realizar todas aquellas investigaciones de las conductas punibles en los miembros de la Fuerza Pública, en relación con enfrentamiento o conflicto armado se deberán aplicar las normas y principios de este, de los cuales deberán tener formación y un conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario, la Justicia Penal Militar o Policial será independiente del mando de la Fuerza Pública.

A continuación, en cuanto al artículo 230, las fuentes de la actividad judicial que los jueces solo estarán sometidos al imperio de la ley en sus providencias y serán criterios de la actividad judicial, la jurisprudencia, equidad, doctrina y los principios generales del derecho.

En este orden de ideas, la prioridad del gasto público social en su artículo 366, prevé que la calidad de vida de la población y el bienestar general es finalidad del Estado, sin embargo, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

Ahora veamos, el Decreto 3131 de 2005, por el cual se establece una bonificación de actividad judicial para jueces y fiscales, la cual se pagará semestralmente el 30 de junio y el diciembre de cada año, como un reconocimiento económico al buen desempeño de los funcionarios que ejerzan en propiedad entre los cuales se encuentra el cargo de Juez de Instrucción Penal Militar con un valor de \$5,280,000.

Además, el Decreto 3900 de 2008³, en sus artículos 1 y 2 establecen que la bonificación de actividad judicial creada mediante el Decreto antes mencionado constituirá factor para efectos de determinar el ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones, y de acuerdo con la Ley 797 de 2003, para cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Dicho lo anterior, el Decreto 1214 de 1990 en sus artículos 56 y 98, de acuerdo al primero, el cual nos indica que todos aquellos funcionarios de la Justicia

³ **Decreto 3900 de 2008, Artículo 1:** A partir del 1º de enero de 2009, la bonificación de actividad judicial creada mediante Decreto 3131 de 2005, modificada por el Decreto 3382 de 2005 y ajustada mediante Decretos 403 de 2006, 632 de 2007 y 671 de 2008 para jueces, fiscales y procuradores judiciales 1, constituirá factor para efectos de determinar el ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones, y de acuerdo con la Ley 797 de 2003, para cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

13001-33-33-005-2013-00601-01

Penal Militar devengarán las asignaciones y primas fijadas para aquellos funcionarios de la Rama Jurisdiccional o Ministerio Público; y no tendrán derecho a las asignaciones, primas y subsidios consagrados en el presente Estatuto para los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional.

Consideremos ahora la Ley 4 de 1992, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios 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.

Del mismo modo, el Decreto 1401 de 2010, por el cual se reajusta la bonificación de actividad judicial para jueces y fiscales, del cual se puede identificar el cargo de la parte actora Juez de Instrucción Penal Militar, con valor de Bonificación Semestral de \$ 6.724.631.

De manera análoga el Decreto 1052 de 2011, por el cual se reajusta la bonificación de actividad judicial para jueces y fiscales, que tratan los Decretos 3131 de 2005, del cual se puede identificar el cargo de la parte actora Juez de Instrucción Penal Militar, con valor de Bonificación Semestral con un reajuste de \$ 6.937.802.

Acorde con los Decretos anteriores el Decreto 850 de 2012, también tiene una semejanza, de acuerdo al reajuste de la bonificación de la actividad judicial para jueces y fiscales, del cual se puede identificar el cargo de la parte actora Juez de Instrucción Penal Militar, con valor de Bonificación Semestral con un reajuste de \$ 7.284.693.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁴.

LA NACION- MINISTERIO DE DEFENSA, presentó escrito de contestación de la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que ha actuado conforme a la normatividad aplicable a este caso concreto y el señor ENAN FRANCISCO PADILLA PEREZ, en ningún caso ha probado la ilegalidad o nulidad de los actos administrativos acusados.

Así mismo propuso como excepciones de fondo las siguientes:

- Presunción de legalidad del acto acusado.

4 Folios 100-113 cdr.1

13001-33-33-005-2013-00601-01

- Ineptitud de la demanda por no haber atacado el acto administrativo complejo.
- Carencia del derecho del demandante y cobro de lo no debido.
- Excepción subsidiaria de buena fe.
- Excepción de prescripción.
- La innominada.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de fecha seis (06) de octubre de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Manifestó el A-quo que rechaza las pretensiones de la demanda debido a que el demandante, solicita la nulidad del Oficio N° OF113-380-MDSGAGPS-1.10/15-01-2013, expedida por la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, en la cual solo debió pedir la nulidad de la Resolución N°4125 del 16 de noviembre de 2010, en la que la entidad demandada le hace el reconocimiento de la pensión mensual vitalicia de jubilación puesto que este era el acto que adolecía de un eventual vicio.

4. RECURSO DE APELACIÓN.⁵

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la decisión de primera instancia ya que el motivo de inconformidad gravitaba en torno al monto de la pensión en la medida, en que al no ser incluida la bonificación por actividad judicial, pues dicho monto disminuía el propósito, el cual no apuntaba al reconocimiento pensional mismo, pues este ya se había dado, sino a que se reconociera la bonificación por actividad judicial como elemento de reliquidación pensional logrando así subir el monto pensional.

5. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de fecha treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciocho (2018)⁶, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante. Por medio de auto de fecha doce (12) de diciembre de dos

⁵ Folios 197-201 cdr.1

⁶ Folio 4 cdr.2

13001-33-33-005-2013-00601-01

mil dieciocho (2018)⁷, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

6. ALEGACIONES

La entidad demandada⁸, presentó alegatos de conclusión.

La Parte Demandante ⁹ presentó alegatos de conclusión.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La procuraduría delegada no asistió a la audiencia.

II. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

III. CONSIDERACIONES

1. CUESTIÓN PREVIA

Sea lo primero anotar que, en el presente asunto, esta Sala de decisión mediante providencia de fecha seis (6) de octubre de 2020, decidió declararse impedida para conocer del presente asunto; toda vez que lo pretendido por la parte actora es de nuestro directo interés, debido a que en calidad de Magistrados del Tribunal, tenemos derecho al pago de las bonificaciones por actividad judicial que, el accionante solicita le sean tenidas en cuenta para la reliquidación de su pensión de jubilación.

No obstante, la Sala Plena de esta Corporación, en sesión virtual realizada en fecha siete (7) de octubre de la presente anualidad, decidió negar el referido impedimento, por considerar que no se configura una situación fáctica y jurídica similar a la del demandante; y en virtud de lo cual, procede

⁷ Folio 9 cdr.2

⁸ Folios 16-20 cdr.2

⁹ Folios 12-15 cdr. 2

13001-33-33-005-2013-00601-01

la Sala de Decisión No. 001 a emitir un pronunciamiento en el presente asunto.

2. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

3. ASUNTO DE FONDO

3.1. Problema jurídico.

La Sala encuentra dos problemas jurídicos que se concretan en los siguientes cuestionamientos:

¿Es posible dejar de pronunciarse en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo frente al reconocimiento de derechos fundamentales bajo el principio de Justicia Rogada?

En caso de que no sea posible, la Sala deberá pronunciarse sobre el siguiente problema jurídico:

¿Es dable ordenar la nulidad del acto administrativo que niega una reliquidación de pensión y en su lugar ordenar la modificación de la resolución que reconoció la pensión de jubilación, cuando se demuestre que en su liquidación, no se incluyeron todos los factores salariales a los que tenía derecho su titular?

3.2. Tesis de la Sala

La Sala sustentará como tesis, en el primer problema jurídico planteado que, siempre que se encuentren de por medio derechos fundamentales y se desconozcan normativas constitucionales, el principio de justicia rogada deberá ceder por encontrarse el Juez de lo Contencioso, un deber de proteger un derecho de rango superior.

Con relación al segundo problema jurídico expuesto, se revocará la sentencia apelada y en su lugar, determinará la nulidad del acto administrativo por medio del cual se le negó al actor la reliquidación de su

13001-33-33-005-2013-00601-01

pensión y ordenará la modificación de la resolución, por medio de la cual se le reconoció el derecho a la pensión de Jubilación al señor ENAN FRANCISCO PADILLA PEREZ, a efectos de incluir la prima de actividad del año 2009 entre las partidas computables para obtener la base de su liquidación pensional. Igualmente ordenará recalcular el valor de la pensión, y proceder al reconocimiento y pago de las diferencias dinerarias entre las sumas pagadas y las dejadas de percibir, debidamente indexadas, a partir del pago de la primera mesada hasta la ejecutoria de la presente sentencia.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

4.1. Jurisdicción Contencioso Administrativa-Carácter Rogado.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo funciona bajo el principio de justicia rogada. Ello significa que, por regla general, el operador jurídico no puede actuar de manera oficiosa, sino que su actividad se desarrolla respecto de los cargos que los ciudadanos plantean en ejercicio de las acciones constitucionales y legales que han sido previstas por el Legislador.

En otras palabras, le compete al administrado iniciar, impulsar y tramitar las actuaciones judiciales que le permitan defender sus pretensiones. De ahí que, este principio tenga dos implicaciones significativas.

La primera, la imposibilidad de iniciar de oficio un trámite judicial, pues se entiende que la persona interesada en reclamarle a la Administración la ocurrencia de un daño antijurídico, tiene la carga procesal de presentar la demanda, exponiendo con suficiencia las razones que le sirven de fundamento a sus pretensiones.

Por consiguiente, el A quo no puede, al momento de tramitar y decidir de fondo el asunto, rebasar el marco de la relación jurídico procesal trabada por las partes.

La segunda involucra, la imposibilidad del fallador para iniciar de oficio el trámite de apelación, ya que son los sujetos procesales involucrados en la causa los que tienen el deber de sustentar los motivos de su inconformidad.

Así visto, la competencia del juez de alzada se restringe a los cargos que fueron formulados por las partes a través del recurso de apelación.

13001-33-33-005-2013-00601-01

4.2. JUEZ ADMINISTRATIVO-En casos excepcionales, debe interpretar la relación jurídico procesal trabada por las partes y no simplemente aplicar el principio de justicia rogada.

La Corte Constitucional¹⁰ ha expresado que el juez administrativo está en el deber de interpretar la relación jurídico procesal trabada por las partes y no simplemente aplicar el principio de justicia rogada cuando: *“(i) la falta de técnica jurídica le impide comprender con suficiencia algunos de los presupuestos relevantes que orientan su labor en el proceso; (ii) la aplicación estricta de este principio desconozca normas o principios consagrados en la Constitución Política; (iii) deje por fuera el cumplimiento de compromisos asumidos por el Estado colombiano en materia de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario y, por último, (iv) en la resolución del caso concreto, aun aplicándose normas procesales pertinentes, se ignoran otras disposiciones jurídicas relevantes para la adopción de una adecuada decisión”*.

4.3. ACTO QUE NIEGA LA PETICIÓN DE REAJUSTE O RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – Es autónomo. No requiere de demanda conjunta con el acto de reconocimiento pensional.

Cuando se demanda el acto que negó la reliquidación de una pensión de jubilación, sea este expreso o presunto, no existe la obligación de demandar la pluralidad de declaraciones que la entidad haya proferido con anterioridad a la decisión que se pretende cuestionar por vía de legalidad.

Bajo los anteriores presupuestos, se entiende que no se configura la inepta demanda en el caso *sub judice*, comoquiera que es viable acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para demandar únicamente el acto que [...] negó el reconocimiento del reajuste o reliquidación pensional [...], sin necesidad de demandar el acto inicial o de reconocimiento pensional y por tanto, tampoco es exigible el recurso de apelación frente a este último¹¹.

4.4. De la bonificación por actividad judicial.

¹⁰ Sentencia SU 061-18 Corte Constitucional.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, auto de 19 de enero de 2006, C.P., Tarsicio Cáceres Toro, Rad. 5408-05.

13001-33-33-005-2013-00601-01

El Decreto 3131 del 8 de setiembre de 2005, en su artículo 1° establece que, a partir del 30 de junio de 2005, se crea una bonificación de actividad judicial, sin carácter salarial que se pagará semestralmente el 30 de junio y 30 de diciembre de cada año, como un reconocimiento económico por el buen desempeño de los funcionarios.

Así mismo, el artículo 2° estipula que la bonificación de la actividad judicial no constituye factor salarial ni prestacional y no se tendrá en cuenta para determinar aquellos elementos salariales o prestaciones sociales.

4.5. Decreto 1214 de 1990, artículo 98 sobre la pensión de Jubilación por tiempo continuo.

“ARTÍCULO 98. PENSION DE JUBILACION POR TIEMPO CONTINUO. El empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que acredite veinte (20) años de servicio continuo a éstas, incluido el servicio militar obligatorio, hasta por veinticuatro (24) meses, prestado en cualquier tiempo, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro, a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado, cualquiera que sea su edad, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 103 de este Decreto.

PARAGRAFO. Para los reconocimientos que se hagan a partir de la vigencia del presente Decreto, se entiende por tiempo continuo, aquel que no haya tenido interrupciones superiores a quince (15) días corridos, excepto cuando se trate del servicio militar”.

4.6 De las partidas computables para la liquidación de la pensión de jubilación del personal civil del Ministerio de Defensa.

El artículo 102 del Decreto 1214 de 1990 establece que las partidas computables con las que se liquidarán y pagarán las pensiones de jubilación, retiro por vejez, de invalidez y demás prestaciones sociales, serán las siguientes:

- i. Sueldo básico.
- ii. Prima de servicio.
- iii. Prima de alimentación.
- iv. Prima de actividad.
- v. Subsidio familiar.
- vi. Auxilio de transporte.

vii. Duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

Así mismo, dispone que el subsidio familiar no será computable como partida para las prestaciones sociales y, que, ninguna otra partida que no encuentre consagrada taxativamente en el Decreto, deberá ser computada.

Cabe resaltar, la distinción que existe entre la prima de servicios mensual consagrada en el artículo 46¹² del Decreto 1214 de 1990 (que es a la que se hace alusión en el artículo 102 ibidem) y la establecida en el artículo 47¹³ que es la prima de servicio anual.

4.7. Del cambio de legislación a partir del 1 de enero de 2009

En octubre 07 de 2008, el presidente de la República expide el Decreto Ley No. 3900, por medio del cual modifica la bonificación de la actividad judicial en el siguiente sentido:

“DECRETA:

ARTÍCULO 1º. *A partir del 1º de enero de 2009, la bonificación de actividad judicial creada mediante Decreto 3131 de 2005, modificada por el Decreto 3382 de 2005 y ajustada mediante Decretos 403 de 2006, 632 de 2007 y 671 de 2008 para jueces, fiscales y procuradores judiciales 1, constituirá factor para efectos de determinar el ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones, y de acuerdo con la Ley 797 de 2003, para cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

ARTÍCULO 2º. *El presente decreto deroga a partir del 1º de enero de 2009 el artículo 2º del Decreto 3131 de 2005 y demás disposiciones que le sean contrarias.”*

¹² “**ARTICULO 46. Prima de servicio.** Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, a partir de la fecha en que cumplan 15 años de servicios continuos o discontinuos como tales en el Ministerio de Defensa, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional, tienen derecho a una prima mensual de servicio, que se liquidará sobre el sueldo básico, así:

A los quince (15) años, el diez por ciento (10%); por cada año que exceda de los quince (15), el uno por ciento (1%) más.”

¹³ “**ARTICULO 47. Prima de servicio anual.** Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tendrán derecho al pago de una prima de servicio anual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la totalidad de los haberes devengados en el mes de junio del respectivo año, la cual se pagará dentro de los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año.

PARAGRAFO 1o. A quienes se encuentren en comisión del servicio en el exterior, la prima de que trata este artículo se les pagará en pesos colombianos, liquidada sobre los haberes que devengarán si estuviesen prestando sus servicios en la guarnición de Bogotá.

PARAGRAFO 2o. Cuando el personal a que se refiere este artículo no haya servido el año completo, tendrá derecho al pago de esta prima a razón de una duodécima (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en los haberes devengados en el último mes.”

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos para la resolución de los problemas jurídicos:

- Certificados de Bonificación por Actividad Judicial de los años 2006, 2007, 2008 y 2009, visibles en (folio 17- 20).
- Resolución 4125 del 16 de noviembre de 2010, la cual se reconoce y se ordena el pago de una pensión mensual de Jubilación.

5.2. Análisis crítico de las pruebas de cara al marco jurídico.

Aterrizando al caso *sub examine* se observa que el actor en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho pretende la nulidad del Oficio N° OF113-380-MDSGAGPS-1.10/15-01-2013, proferido por la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, mediante el cual se le negó la reliquidación de su pensión.

El Juez de primera instancia decide negar las pretensiones de la demanda por considerar que el acto administrativo que realmente negaba el derecho reclamado, era la Resolución 4125 del 16 de noviembre de 2010, en donde se reconoce el derecho a la pensión de jubilación vitalicia al actor y, no el que negaba la reliquidación a la misma.

El *Aquo* explica el sentido de su fallo, bajo el argumento de la justicia rogada dentro de la cual, al Juez no le es permitido pronunciarse sobre aquello que las partes no le han pedido.

En la resolución de los problemas jurídicos planteados, la Sala empleará el siguiente orden temático; en primer lugar, se abordará el principio de justicia rogada y los derechos fundamentales; luego se analizará, si era necesario demandar conjuntamente la nulidad del acto que reconoce la pensión y el que niega su reliquidación, y por último se resolverá el problema de fondo.

5.3. Del principio de justicia rogada en la Jurisdicción de lo Contencioso administrativo.

13001-33-33-005-2013-00601-01

Tradicionalmente se ha dicho que el principio de la justicia rogada rige el actuar de la jurisdicción Contencioso Administrativa y ha sido entendido en dos ámbitos que se encuentran conexos, que consisten en que: i) el juez no puede iniciar de oficio un juicio pues es el libelista quien debe identificar e individualizar el acto impugnado; y ii) el funcionario judicial se encuentra vinculado a lo solicitado en la demanda, de modo que en principio el fallador está impedido para estudiar temas y pronunciarse sobre puntos que no han sido planteados o sustentados por el actor.

No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁴ y de la Corte Constitucional¹⁵ flexibilizó dicha concepción, en aras de garantizar la supremacía constitucional, y con ello principios como la prevalencia del derecho sustancial y la eficacia de los derechos fundamentales.

La Corte Constitucional enfatizó: *“bajo la condición de que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución”*.

La Corte¹⁶ advirtió dos supuestos en los que se flexibiliza el principio de justicia rogada, que consisten en: i) la violación de derechos fundamentales de aplicación inmediata del demandante; y ii) cuando el juez evidencia la incompatibilidad de una norma que deba aplicar con la Constitución.

Descendiendo al caso en estudio, es claro que el derecho pretendido por el actor, es el derecho a la seguridad social, que se encuentra amparado por la Constitución Política, luego es menester, la prevalencia de esta prerrogativa de rango fundamental ante el principio de justicia rogada.

En este orden de ideas la Sala, concluye la necesidad de pronunciarse de fondo sobre las pretensiones alegadas en la presente demanda, porque indistintamente se hayan dirigido contra uno o varios actos administrativos, lo primordial de ella, es que persigue el reconocimiento de un derecho

¹⁴ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Consejero ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Planeta, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil ocho (2008) Radicación número: 13001-23-31-000-2001-00816-01.

¹⁵ Sentencia C-197-1999 Corte Constitucional.

¹⁶ Sentencia C-197-1999 Corte Constitucional.

13001-33-33-005-2013-00601-01

fundamental, cual es, el derecho a la seguridad social y ante esta expectativa, debe ceder cualquier otro interés legal.

5.4. Autonomía del acto administrativo que niega una reliquidación de pensión.

El Consejo de Estado¹⁷, ha manifestado que el acto administrativo que reconoce una pensión y el acto administrativo que niega una reliquidación pensional, son actos definitivos e independientes, que no forman una unidad jurídica, por lo que no pueden ser considerados como complejos y por lo tanto son susceptibles de ser demandados por separados.

El acto administrativo que versa sobre una reliquidación pensional, en nada afecta el acto de constitución de la misma, pues ese derecho ya ha sido reconocido y no está en discusión.

El acto administrativo que concede o niega una reliquidación pensional, comprende la decisión de la administración frente al derecho imprescriptible e irrenunciable de todo beneficiario pensional para que se le reajuste el monto asignado como pensión, para aquellos casos en los cuales se haya hecho un cálculo equivocado o se haya omitido algún factor prestacional.

Luego, concluye la Sala, que al ser dos (2) actos administrativos totalmente independientes entre sí, no hay razón para exigir en la demanda de nulidad del acto administrativo que niega la reliquidación, la demanda del acto administrativo que la reconoce, pues como quedó demostrado, constituyen figuras jurídicas que persiguen distintos intereses.

Así las cosas, la Sala revocará la decisión de la primera instancia, que decidió desestimar las pretensiones de la demanda, por haberse dirigido contra el acto administrativo que negó la reliquidación y no contra el acto administrativo que reconocía la pensión del actor, y en su lugar, abordará la resolución de fondo al problema planteado.

5.5. De la Resolución del Problema Planteado.

¹⁷ Ver Sentencia, Rad. 25000-23-42-000-2013-01486-01 (3962-14) de fecha 1 de agosto de 2016. C.P. William Hernández Gómez.

13001-33-33-005-2013-00601-01

Del análisis del plenario se observa que el señor ENAN FRANCISCO PADILLA PEREZ, se le reconoció su derecho a recibir una pensión el 16 de noviembre de 2010, en el marco del Decreto 1214 de 1990.

Que de conformidad con el artículo 98 ibidem, el señor ENAN FRANCISCO PADILLA PEREZ, únicamente tuvo que demostrar los 20 años de servicios para que le fuera reconocido el derecho a acceder a una pensión de jubilación equivalente al 75% del último salario devengado, tomando como base las partidas señaladas en la misma ley.

El artículo 102 ibidem, establece como partidas computables para prestaciones sociales las siguientes:

“(…)

a. Sueldo básico.

b. Prima de servicio.

c. Prima de alimentación.

d. Prima de actividad.

e. Subsidio familiar.

f. Auxilio de transporte.

g. Duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

PARAGRAFO 1. *El subsidio familiar que se reconozca y pague por parte de las Cajas de Compensación Familiar a los trabajadores oficiales, no será computable como partida para las prestaciones sociales. Para este efecto, se tendrá en cuenta la suma que se acuerde en el respectivo contrato de trabajo.*

PARAGRAFO 2. *Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios y auxilios consagrados en este Estatuto será computables para efectos de cesantías, pensiones y demás prestaciones sociales”.*

Que para la fecha en que fue reconocida la pensión de jubilación al actor, esto es, el **16 de noviembre de 2010**, se encontraba vigente el Decreto Ley 3900 de 2008 que en su artículo primero señala lo siguiente:

13001-33-33-005-2013-00601-01

“ARTÍCULO 1º. A partir del 1º de enero de 2009, la bonificación de actividad judicial creada mediante Decreto 3131 de 2005, modificada por el Decreto 3382 de 2005 y ajustada mediante Decretos 403 de 2006, 632 de 2007 y 671 de 2008 para jueces, fiscales y procuradores judiciales 1, constituirá factor para efectos de determinar el ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones, y de acuerdo con la Ley 797 de 2003, para cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

Luego, ha quedado evidenciado que, en la liquidación de la pensión de jubilación realizada al señor ENAN FRANCISCO PADILLA PEREZ, debió incluirse la prima de actividad judicial, por cuanto su retiro se dio el **26 de julio de 2010**, es decir, dieciocho (18) meses después de haber entrado en vigencia el Decreto 3900 de 2008.

En consecuencia, las pretensiones del apelante prosperan y se deberá ordenar la nulidad del acto administrativo que negó la reliquidación de su pensión, al igual que ordenar la modificación de la resolución que le reconoció la pensión, a efectos de incluir el factor salarial que se echa de menos, junto al pago de las sumas dejadas de recibir y que se habrán de liquidar.

En otro aspecto de la presente decisión, se advierte que mediante petición, el demandante solicitó el reconocimiento de este factor salarial, el día **8 de enero de 2013**, ante la Dirección de Veteranos y Bienestar Social del Ministerio de Defensa Nacional, es decir, dentro de los cuatro (4) años que prescribe la ley para configurar la prescripción de la obligación y que, igualmente reposa constancia de haberse interpuesto la demanda el día **15 de agosto de 2013**.

Por lo anterior se da por demostrado que, en el presente caso, no ha prescrito el derecho a reclamar las prestaciones en el demandante.

Es oportuno precisar, que en sentencia reciente de unificación del Consejo de Estado¹⁸, se precisó que para el reconocimiento de las pensiones de quienes sean el régimen especial de pensión de jubilación de la Rama

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 11 de junio de 2020, Exp. 15001-23-33-000-2016-00630-01(4083-17)CE-SUJ-S2-021- 20. C.P. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Precisó la Corporación que iii) Con los elementos del régimen anterior consagrados en el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971 que son: a) la edad de 50 años si es mujer o de 55 años si es hombre; b) el tiempo de servicios de 20 años, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de dicho decreto; c) de esos 20 años de servicio, por lo menos 10 años lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades; d) la tasa de reemplazo del 75%; e) el ingreso básico de liquidación de que tratan los artículos 21 y 36, inciso 3.º, de la Ley 100 de 1993, según el caso; es decir, si le faltare más de 10 años, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión actualizados anualmente con base en la IPC certificado por el DANE, y si le faltare menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será: (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en IPC certificado por el DANE; y f) con los factores de liquidación contemplados por el artículo 1.º del Decreto 1158 de 1994 al igual que por los artículos 14 de la Ley 4.º de 1992 con la modificación de la Ley 332 de 1996/296 1.º del Decreto 610 de 1998; 1.º del Decreto 1102 de 2012; 1.º del Decreto 2460 de 2006; 1.º del Decreto 3900 de 2008; y 1.º del Decreto 383 de 2013, según se trate de magistrados o empleados de la Rama Judicial o del Ministerio Público.

13001-33-33-005-2013-00601-01

Judicial y del Ministerio Público, los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se debía efectuar la la base de liquidación pensional con los factores de liquidación contemplados por el artículo 1.º del Decreto 1158 de 1994 al igual que por los artículos 14 de la Ley 4ª. de 1992 con la modificación de la Ley 332 de 1996; 296 1.º del Decreto 610 de 1998; 1.º del Decreto 1102 de 2012; 1.º del Decreto 2460 de 2006; **1.º del Decreto 3900 de 2008**¹⁹; y 1.º del Decreto 383 de 2013, siempre que se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

Así las cosas, y comoquiera que al demandante le resulta aplicable el Decreto 3900 de 2008, por las consideraciones aquí expuestas en este proveído, esta Corporación revocará el fallo apelado, y en su lugar, ordenará la nulidad del Acto Administrativo No. OF113-380-MDSGAGPS-1.10/15-01-2013, por medio del cual se le negó al actor la reliquidación de su pensión; igualmente ordenará modificar la Resolución 4125 del 16 de noviembre de 2010, a efectos de incluir la prima de actividad judicial del año 2009 entre las partidas computables para obtener la base de su liquidación pensional, y ordenará recalcular el valor de su pensión y el reconocimiento y pago de las diferencias dinerarias surgidas entre las sumas pagadas y las dejadas de percibir, indexando las sumas debidas desde la fecha del reconocimiento de la pensión hasta la ejecutoria de la presente providencia.

6. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

El artículo 188 del CPACA dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 365 del Código General del Proceso señala a su vez, que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En este orden, se condenará en costas a la parte vencida, esto es a la demandada, y se liquidarán por secretaria, conforme a lo establecido en los artículo 365 y 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

¹⁹ Que contempla la prima de actividad judicial cotizada por el accionante como factor salarial.

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida el seis (06) de octubre de dos mil diecisiete (2017) por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Acto Administrativo No. OF113-380-MDSGAGPS-1.10/15-01-2013, de fecha 15 de enero de 2013, proferido por la Coordinación de Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, por medio del cual se le negó al actor la reliquidación de su pensión, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR la Resolución 4125 del 16 de noviembre de 2010, por medio del cual se le reconoció el derecho a una pensión de Jubilación vitalicia al señor ENAN FRANCISCO PADILLA PEREZ, a efectos de incluir la prima de actividad del año 2009 entre las partidas computables para obtener la base de su liquidación pensional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: RECALCULAR el valor de la pensión del señor ENAN FRANCISCO PADILLA PEREZ, y proceder al reconocimiento y pago de las diferencias dinerarias entre las sumas pagadas y las dejadas de percibir, debidamente indexadas, a partir del pago de la primera mesada hasta la ejecutoría de la presente sentencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo a lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

SEXTO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

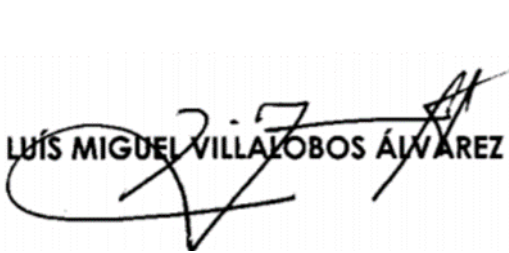
SÉPTIMO: NEGAR el impedimento formulado por el Magistrado **ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**, por las razones expuestas en este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-005-2013-00601-00
Accionante	ENAN FRANCISCO PADILLA PEREZ
Accionado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
Tema	INCLUSIÓN EN LA LIQUIDACIÓN DE PENSIÓN EL FACTOR SALARIAL ESTABLECIDO COMO BONIFICACIÓN JUDICIAL.